



## 저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

法學博士 學位論文

법원리를 활용한 판결에 관한  
법정책적 분석

- 법원리와 사법재량의 관계 연구 -

Understanding Legal Principles  
as the Deus Ex Machina  
in Judicial Law-making

2019년 8월

서울대학교 대학원

법 학 과

홍 보 람

# 법원리를 활용한 판결에 관한 법정책적 분석

- 법원리와 사법재량의 관계 연구 -

指導教授 조 홍 식

이 논문을 法學博士 學位論文으로 제출함  
2019년 4월

서울대학교 대학원  
법 학 과  
홍 보 람

홍보람의 博士 學位論文을 인준함  
2019년 6월

위 원 장     김 도 균     (인)

부위원장     이 재 협     (인)

위     원     허 성 욱     (인)

위     원     안 준 홍     (인)

위     원     조 홍 식     (인)

## 국문초록

이 논문의 주제는 법원리를 활용한 법형성 판결의 의의와 기능이다. 본 연구는 법원리를 논증 과정에서 활용한 법형성 판결이 법원리를 거명하지만 실제로는 법정책적 성격을 지니고 있음을 분석한다. 또한 그러한 판결은 판례법을 축조하는 규범 창설적 의의를 지님으로써 법체계 -보다 정확히 표현하면 실정법으로 구성된 법체계-에 일정한 영향을 미친다는 것을 연구한다.

‘법원리(legal principle)’는 일반·추상성이 두드러지는 법규범으로서, 규범의 일반성에 반비례하여 규범적 밀도(density)는 매우 낮은, 다시 말해 내용적으로 ‘성긴’ 규범이다. 법의 변화를 가져오는 논증 과정에서는 ‘법원리’는 일정한 기능을 담당한다. 법원리의 추상적·불확정적인 내용을 문제사안 해결에 가장 적합한 ‘확정적 지시’로 변환하는 과정에서 법원은 재량을 발휘하게 된다. 법원은 법원리에 입각한 논증을 전개하면서 사법재량의 행사를 일정 부분 가능하게 함으로써 사안규범을 형성하는 판결을 산출한다.

문제사안에 적용할 법명제가 없으면 법원은 법원리에 기해 적합한 내용을 새로이 생성하기도 하고, 혹은 사안과 관련하여 법명제가 구비되어 있음에도 -그에 따른 법적 효과를 발동시킬 법적 ‘요건’에 부합함에도 불구하고 해당 법규칙을 적용하여 발생하는 결과가 합당하지 못하다고 판단되는 경우에는- 해당 법규칙에 따른 법적 효력이 발생하는 것을 저지하기 위하여 법원리를 활용한다. 이는 사안과 관련된 기존 실정법의 효력을 제한하거나 정지시키는 사안규범 생성을 위해서 법원리가 동원되는 경우이다. 또한, 경합하는 판단 규범이 존재하는 문제사안에서 법원은 법원리를 활용하여 현출한 새로운 규범이 판단 논거로서의 활용될 수 있도록 법체계의 위계와 질서를 강조함으로써 그 우선적 순위를 보증한다. 사안에 적합한 구체적 정의를 구현하려는 법원의 노력은 사회 문제에 관한 대응책으로서 법형성 판결을 산출하고 실질적인 법의 변화를 가져온다.

이와 같이 법원이 논증에서 법원리를 적극적으로 활용한 판결을 산출하는 경우, 이는 협의(狹義)의 법해석이 아니라 판결을 통해 법리를 생성하고 사안 규범을 창설하는 법형성에 해당하는 경우가 많다. 법원은 제반 사항을 종합적으로 고려한 정책적 결정을 산출하면서, 건전한 사회질서 혹은 신의칙 등의 일반·추상적인 법원리를 거명하며 결정을 내린다.

이 경우 판결에 등장하는 ‘법원리’는 실정법 내부의 규범자원이 아니라 외부의 기준을 법적 판단의 근거로서 사용하기 위한 기제가 된다. 이는 법원리가 법체계 외부의 예비규범 자원을 법적 판단을 위한 논거로서 유입·사용하기 위한 매개체로서 일정한 기능을 수행한다는 점, 다시 말해 실정법체계 외부에 있는 예비규범 자원을 유입하는 매개 통로로서 법원리가 활용됨을 말해준다. 법원이 법원리를 매개로 하여 실정법체계 외부의 예비규범 자원을 판례법으로 유입하는 현상은 법체계의 구동(驅動)에 관한 일별을 가능하게 해준다. 이러한 관점에서 볼 때, 법원리는 정책적 논거로서의 속성을 지니며, 실정법체계 내부와 외부의 사회 환경을 잇는 교량 역할을 한다.

또한 법원리는 법원의 판결을 통해서 규범의 실질적 변화가 유발되는 역동성을 제공한다. 법원의 결정을 통해서 우리사회에서 실제 작용하는 법은 그 구성이 더욱 풍부해지거나 새로운 내용이 더해진다. 법원리에 입각하여 규범적 의미를 생성하는 법형성 판결은 필연적으로 ‘법의 변화’를 수반한다. 그러한 판결을 분기점으로 하여 해당 판결 이후의 법은 그 내용구성 및 실질적 총화(總和)에 있어서 그 판결 이전의 법과는 다른 것으로 변화한다. 법원리 논증을 활용한 판결은 법체계와 주변 여건의 교류를 가능하게 한다. 이는 법체계가 안을 향하여 내부적으로 닫혀 있는 체계가 아니라, 주변의 외부 환경을 향해 열려 있는 개방형·적응형 법체계임을 알려준다.

불법행위 판결을 비롯하여 법원이 그간 다룬 여러 분쟁 사안에서 논증 과정에서 법원리가 활용함으로써 실정법체계의 구성이 변화하는 동태적 모습이 관찰된다. 실정법체계의 경계 밖에 외재하는 자원을 유입하는 법원리의 기능은 우리나라 대법원이 내린 불법행위 손해배상청구 판결(소멸시효, 입증책임 등)에서 관찰되는 논변 구성을 분석함으로써 확인 가

능하다. 해당 판결들에서 법원은 법원리를, 사회적 정의 요청과 범규범을 간격을 좁히기 위하여 법체계 내부와 법체계 외부의 환경을 ‘매개’하는 기제로 삼아 현행법을 보완·변경하는 방식으로 새로운 법리를 생성한다.

이는 법원이 행하는 논증의 방식에 따라 우리가 관찰하는 법체계의 양상이 달라질 수 있음을 의미한다. 법체계의 관점에서 관찰할 때 법적 논증의 양상에 따라 크게 두 가지로 구분 가능하다. 협의의 법해석 논증을 통해서 정립(定立)된 기존 법리가 반복·확대·재생산되는 안정의 단계(stasis)와, 변화의 필요성으로 인하여 기존의 법 논리가 문제의 적용 영역에서 배제되거나 파기되고 새로운 내용의 결정이 형성되는 변화의 단계(crisis)로 이루어져 있다. 변화의 단계에서 법원은 판결을 통해 실질적인 법의 내용을 변화 내지 변경한다.

그런데 이러한 과정을 통해 법원이 현행 실정법에 대한 비판과 보완의 과정으로서 실질적인 범규범의 형성과 변화, 사법입법을 수행(judicial law-making)한다. 법원의 사법입법은 구체적 타당성 측면에서 환영받으나, 수범자의 예측가능성 및 법적 안정성의 측면에서 비판을 받는다.

이 경우 사법재량의 적합한 범위 및 한계에 관한 논의, 선출되지 않은 권력인 법원이 내리는 결정의 정당성에 관한 질문이 수반된다. 또한 이는 판례법의 실효성 근거에 관한 질문이기도 하다. 법원리에 기반한 범형성적 판단이 법체계의 개방성을 확보하고 그를 통해 사회적 지지와 실효성을 얻는 장점이 있으나, 이를 무분별하게 허용할 수는 없다. 극히 예외적인 경우에 한하여 실정법을 변경하여야 하며, 그러한 신중한 자세를 통해서 법의 핵심적 속성, 즉 법적 안정성과 예측가능성 및 신뢰성이 보호될 수 있기 때문이다. 하지만 법원리에 입각한 법원의 의미 생성적 결정은 사회체계 내에 위치한 법체계의 지속가능성과 내용적 건전성을 보증하는 장치로서 기능할 수 있다. 변화무쌍한 현실의 문제에 대하여 일정한 규범적 판단을 내리고 요청되는 ‘매듭’을 지어야 하는 사법기구가 순전한 법조문 해석기계로 기능하기만을 기대하는 것은 오히려 비현실적이라고 할 수 있다.

법원리에 입각한 범형성 판결을 하는 경우 이는 최대한 신중한 방식으로 접근되어야만 하며, 불가피한 필요를 인식한 연후에 최후의 선택수단

으로서만 인정되어야 할 것임은 자명하다. 사법재량의 의의가 인정받기 위해서는 문언주의적 해석방식을 중시함이 타당하다. 법문언에 최대한 충실한 법관이 목적론적 한계를 지니는 사법재량을 행사하는 경우 그 사법재량의 의의와 정당성이 인정받을 수 있다.

또한 사법재량이 작동되는 바람직한 방향은, 사법부의 법정책 결정을 통해서 일정한 내용의 판결이 내려지면 그에 관한 사회적 재평가와 논의를 통해서 의회입법 등의 방식을 통해서 보다 광범위한 사회적 합의가 반영된 규범이 성립되는 것이다. 즉, 익숙한 통상의 관념처럼 의회입법이 선행하고 사법부의 결정이 후행하는 방식 외에 사법부의 결정이 선행하고 의회입법이 후행하는 경우가 존재할 수는 있으나, 사법부의 결정이 선행하기만 하고 그에 대한 의회입법 등 사회적 반응이 결여되어서는 안 된다.

**주요어 : 법원리, 법정책, 법적 논증, 법체계, 사법재량, 사법입법**

**학 번 : 2014-30429**

# 목 차

제 1 장 서 론 .....	1
제 1 절 연구의 목적 .....	1
제 2 절 연구의 대상 .....	4
제 3 절 연구의 특성 .....	8
제 4 절 연구의 구성 .....	13
 제 2 장 법체계와 법원리 .....	27
제 1 절 법체계와 법의 개념 .....	27
제1항 법체계의 구성 .....	27
제2항 법의 개념 .....	36
제3항 법과 가치 연관 .....	50
제 2 절 법체계의 개방성과 정책적 사고 .....	60
제1항 법체계의 개방성 .....	60
제2항 현행법 비판과 법의 변화방식 .....	68
제 3 절 법원리의 의미와 특성 .....	77
제1항 법원리의 의미 .....	77
제2항 법원리의 자리매김 .....	86
 제 3 장 법적 논증과 사법재량 .....	95
제 1 절 법 획득을 위한 논증작업 .....	95
제1항 법원의 결정과 논증의 의의 .....	95
제2항 논증의 구분 .....	107
제 2 절 법원의 논증과 사법재량 .....	126
제1항 법문언의 가변성 .....	126
제2항 형식과 실질의 긴장 .....	132



<b>제 4 장</b>	<b>법정책 판결과 법원의 기능</b>	<b>145</b>
<b>제 1 절</b>	<b>법정책적 사고와 법형성 판결</b>	<b>145</b>
제1항	법정책적 판결과 법형성	145
제2항	법형성 판결의 의의	149
제3항	정책적 목적과 법해석	158
<b>제 2 절</b>	<b>법과 정책</b>	<b>167</b>
제1항	법과 정책	167
제2항	자연법의 정책적 사고	179
제3항	법원리와 법정책의 관계	184
<b>제 3 절</b>	<b>법원의 정책적 판단</b>	<b>194</b>
제1항	법형성 판결에 대한 평가	194
제2항	판례에 등장하는 ‘법형성’의 의미	205
<b>제 4 절</b>	<b>법원의 기능</b>	<b>213</b>
제1항	법원의 기능과 역할	213
제2항	법원의 의사결정	217
제3항	법원의 헌법적 수권영역	223
<b>제 5 장</b>	<b>법원리를 활용한 논증</b>	<b>229</b>
<b>제 1 절</b>	<b>Deus Ex Machina</b>	<b>229</b>
제1항	법원리의 추상성과 내용 충전	229
제2항	판결에 등장하는 법원리의 실제	235
<b>제 2 절</b>	<b>법원리를 활용한 논증</b>	<b>248</b>
제1항	라즈의 법원리 기능 분류	248
제2항	법변경의 근거로서의 법원리	250
제3항	특정한 예외로서의 법원리	253
제4항	새로운 규칙을 만드는 법원리	263
<b>제 3 절</b>	<b>법원리의 기능과 작용</b>	<b>267</b>
제1항	제어적(Negative) 방식	267
제2항	생성적(Positive) 방식	272
제3항	법원리 논증의 의의	278

제 6 장	법원리를 활용한 사법입법 분석 .....	280
제 1 절	관례법의 정립과 사법입법 .....	280
제1항	환경법의 원리와 정책적 목표 .....	280
제2항	환경 관례법의 정립 .....	284
제3항	사법입법의 영향력 .....	300
제 2 절	법원리와 법체계의 환경적응 .....	311
제1항	법체계의 환경적응 .....	311
제2항	법체계의 구동과 승인 .....	323
제 7 장	결론 .....	332
제 1 절	연구의 요약 .....	332
제 2 절	연구의 시사점 .....	337
참고문헌	.....	346
Abstract	.....	360

## 표 목 차

[표 2-1]	.....	31
[표 2-2]	.....	67
[표 2-1]	.....	73
[표 3-1]	.....	81
[표 3-2]	.....	119
[표 3-3]	.....	134
[표 4-1]	.....	185
[표 4-2]	.....	187
[표 5-1]	.....	274
[표 6-1]	.....	316

## 그림 목 차

[그림 1-1]	.....	16
[그림 1-2]	.....	18
[그림 1-3]	.....	21
[그림 1-4]	.....	25
[그림 1-5]	.....	26
[그림 2-1]	.....	29
[그림 2-2]	.....	33
[그림 2-3]	.....	40
[그림 2-4]	.....	45
[그림 3-1]	.....	103
[그림 3-2]	.....	106
[그림 4-1]	.....	193
[그림 4-2]	.....	224
[그림 5-1]	.....	278
[그림 6-1]	.....	307
[그림 6-2]	.....	315
[그림 6-3]	.....	319



# 제 1 장 서 론

## 제 1 절 연구의 목적

### 제1항 현행법에 대한 비판과 보완

본 연구는 법원리가 논증에서 어떠한 기능을 수행하는지에 관한 것을 주된 관심사로 한다. 법원리의 ‘기능’에 대한 관심의 출발점은 현존하는 실정법에 대한 ‘불만족’이 발생하는 경우, 그러한 불만이 사법기구에서 어떻게 해소되는가에 관한 의문에서 시작되었다. 현행법을 있는 그대로 기계적으로 적용하는 경우, 정의에의 불합치 또는 입법 목적과 어울리지 않는 결론의 지시 등 사회적 비판을 피하기 어려운 경우가 종종 발생한다. 법률의 공백 등 실정법의 한계와 직면할 때, 혹은 실정법의 지시를 문언 그대로 수용하기 곤란한 경우 등 실정법에 대한 불만 상황이 발생하면, 그 상황은 입법기관의 결정으로 해소되거나, 사법기관의 판결로써 해소되는 방안 두 가지가 존재한다<sup>1)</sup>.

대표적인 규범창설 기구인 의회에서 문제가 되는 법률을 파기하고 제·개정함으로써 현행법에 대한 불만이 해소되기도 하지만, 법원에서도 구체적인 사안을 규율하는 판결을 통해서 실질적으로 법리를 변경·생성함으로써 현행법의 불만족스러운 상태를 보완하고 시정한다. 법원은 법률의

---

1) 행정기관이 법률의 지시를 넘는 적극행정 등 보완적 노력을 펼침으로써 불만이 누그러지는 경우도 분명 존재한다. 하지만 이는 어디까지나 ‘보완적’ 노력을 통해 불만을 상쇄하거나 완화하는 상황이며, 행정기관이 제3자적 위치의 의사결정자가 아니라 사안의 당사자로서 행위하는 경우가 많다는 점에서 의회 혹은 법원에 의한 결정과는 결을 달리 한다. 행정부의 행정재량과 사법부의 사법재량은 큰 그림을 그리는 입법부의 기획을 따라서 그 안을 세밀하게 채워나가는 역할을 한다.

의미가 무엇을 뜻하는지를 풀이하거나 특정 법률이 적용될 수 없는 예외적인 경우를 규명함으로써, 그리고 기존의 판례법을 변경하거나 혹은 새로운 관습법을 발견함으로써, 현행법에 대한 비판과 보완의 작업을 수행한다.

## 제2항 법정책적 판단

법원리와 법정책은 구분된다. 그러나 상당수의 판결에서 법원이 ‘법원리’에 입각하여 구성하는 논변은 실제로는 사법재량을 행사한 정책적 판단의 성격을 지닌다. 법원리의 추상성은 일정한 범위의 사법재량을 허용하고, 사법재량의 범위 안에서 법원은 제반 요소를 고려한 판단을 한다. 제반 사정을 종합적으로 검토·고려하는 법원의 결정 과정에는 순수한 법적 논증 외에 정책적 사고가 개입한다.<sup>2)</sup> 형량(衡量)의 이름하에 실제 이루어지는 것은 능동적인 선별·선택 작업이다.

법원의 정책적 판단과 사법재량을 연구하기 위하여, 법원이 실정법 자원만을 활용한 논증이 아니라, 여러 가지 법외의 자원들, 즉 관련된 사회 정책적인 요소들을 고려하여 종합적 판단을 내리는 경우의 의미를 관찰하려고 하였다. 물론 우리나라 법원이 법원리(혹은 법원칙)를 논증에 활용하여 결정을 도출하는 경우는 전체 판례 중 일부분을 차지하는 영역이지만 그러한 ‘예외성’ 혹은 ‘비통상성’으로 인하여 분석 필요성이 있다고 생각하며, 이를 사법재량<sup>3)</sup>의 의의와 연계하여 검토하고자 한다.

법원의 활동은 현행 실정법의 ‘유지’ 작용에만 국한된 것이 아니라, 법

---

2) 이러한 판단을 ‘형량(balancing)’이라는 범주로 묶고서, 형량은 정책적 사고가 아닌 법적 사고에 속한다고 정리할 수도 있다. 그러나 법원이 법리를 생성하는 판결에서 단순한 ‘형량’만이 사고의 과정에 작용하는 것은 아니며, 형량의 사고방식은 논리연역적인 법해석 사고방식과는 질적으로 구분이 된다.

3) 법실증주의 관점에서 분석할 때, 법규칙들이 문제사안에서 일정한 내용의 결정을 확정하지 못하는 경우, 법관의 사법재량으로 문제를 해결한다. 드워킨의 이론에 의하면, 어려운 사안(hard case)은 사법 재량이 아니라 법원리로 해결된다고 하지만, 사실상 그러한 법원리에 입각한 판결의 실체는 서법재량의 행사로 보는 것이 보다 더 현실적이다.

규범의 ‘생성(生成)’ 작용과 ‘파기(破棄)’ 작용을 함께 수행한다. 현행 실정법의 부족 내지 불만을 해결하기 위하여 법원이 사안에 적합한 결정을 산출할 수 있도록 관련 법리를 변경·생성하기 때문이다. 법원의 규범 창설·변경 활동을 통해 법체계의 실질적 내용은 점진적으로 변화한다.

물론, 법원의 결정은 법률과 선례에 기초하여 엄정하게 내려지는 법해석이 대부분이다. 현행 법체계의 ‘유지’ 작용을 하는 법해석이 법원이 수행하는 활동의 대부분을 구성하고 있음은 이론의 여지가 없다. 또한 법원이 현행법의 문제점을 충분히 인식하더라도 여전히 법률의 문언이 사전적으로 지시하는 바에 따라서 판결을 내리는 경우도 상당수 존재한다.

하지만, 특정한 경우의 판결은 - 물론 해당 판결 역시도 성문법과 선례에 근거하여 결정을 도출하였다고 밝히는 외양을 취하나 - 실질적으로 새로운 법리를 구성하고 창출한다. 판결을 통한 법리의 변경과 생성은 법원이 구체적 사안의 해결을 위하여 논리의 대전제를 조성하는 작업, 즉 법해석이 아닌 정책적 판단을 내리는 결과라고 할 수 있다. 해석의 막다른 골목에서 법원은 선택과 판단을 한다. 현실에서 관찰되는 상당수 판결에서, 법원의 결정은 성문법의 단순한 해석을 뛰어넘거나 기존 판례와 다른 입장을 취하는 경우가 존재함을 부인하기 어렵다.

법원의 결정을 통해서 이루어지는 법의 실질적 내용 변화는, 법원의 규범창설(創設), 다시 말하여 사법입법(judicial law making)이라고 할 수 있다. 물론, 이는 논증이 제공·부여하는 테두리 안에서의 선택이므로, 그 행보가 자유롭고 보폭이 넓은 입법재량과는 차이가 있지만 법원도 일정한 법규범 형성 기능을 수행하고 있음을 부인할 수는 없다. 즉, 법형성 판결을 통한 법률의 변경, 특수한 예외설정을 통한 성문법 효력의 정지, 새로운 규범의 창설이 가능해진다. 입법부를 통해서 법률이 제·개정되는 의회입법의 경우와 비록 그 규모와 성격은 달리하지만, 사법기관의 판결에 의하여 발생하는 법의 변화는 부정할 수 없다.



## 제 2 절 연구의 대상

### 제1항 법원리를 활용한 법형성 판결

이 연구의 탐구 대상은, 법원리에 기한 법형성 판결을 산출하는 과정에서 법원이 어떠한 논리를 동원하고 어떠한 논거를 활용하는지에 관한 것이다. 현행 실정법에 대한 ‘불만족’이 해소되는 방식, 보다 정제된 표현으로 옮기자면 현행 실정법에 대한 비판과 보완을 위하여 법원이 채택하는 논증 방법에 관한 것이다. 법원의 결정은 논증에 의거하며, 법원이 실정법 비판과 보완의 내용을 담은 판결을 내리는 경우 법원의 논증 방법은 더욱 주목할 필요가 있다.

현대 사회를 관찰할 때, 법은 단순한 ‘발견’의 대상은 아니다. 법원이 내리는 결정에는 법적 논리와 함께 사회·정책적 고려가 결정의 이유로서 반영된 결정들이 존재한다. 법원은 추상적인 ‘헌법’을 해석하고, 법원리(法原理)와 신의칙(信義則), 조리(條理)<sup>4)</sup>를 근거로 구체적 판단을 내린다. 그러한 과정에서 정책적 사고에 근거한 법형성 판결의 산출은 불가피하다.

법문언의 의미를 풀이하는 대부분의 법해석 판결과 비교할 때, 연구의 대상인 법형성 판결은 수적으로 드문 판결이다. 사법부의 판결 중 법형성 판결이 차지하는 양적 비중은 당연히 크지 않다. 법형성 판결이 법원의 전체 결정 중 극히 일부를 차지하는 것은 사법부가 법의 규범적 현존을 가급적 지킴으로써 법적 안정성과 예측가능성을 담보해야 하는 점, 그리고 입법기관과 사법기관에 수여된 권한의 성격과 크기의 차이, 현대 민주주의 사회에서 주권자로부터 기인하는 민주적 정당성에 따른 위계와 복속을 감안할 때 당연한 것이다. 따라서 이 연구의 대상은 법원의 판결 중 작은 영역, 전체 법 현상 중 일부분에 해당하는 경계선에 놓여 있는

4) 다만, 우리나라 법원은 결정의 근거로서 조리(條理)를 직접적으로 인용하는 판결은 대법원 65다1156 판결 외에는 삼가고 있다.

(marginal) 미미(微微)한 영역을 다룬다.

하지만 경계 영역에 놓여 있는 법형성 판결이 차지하는 질적 비중이 미미하다고 평가하기는 어렵다. 법원이 법원리를 논증에 활용하는 경우 그 결과로서 법형성이 이루어지는 판결이 산출되고, 법형성 결정들이 축적되어 그로 인해 우리사회 법체계의 실질적 내용 구성에 변화를 가져온다. 법체계의 동태적 특성이 드러나는 법형성 판결을 분석함으로써 사법부의 판결을 통해서 유도되는 법의 변화라는 의미 있는 법 현상을 살피고 그를 통해 법체계 구조와 작동에 관하여 일별(一瞥)할 수 있는 기회를 확보할 수 있다.

## 제2항 대법원의 불법행위 민사판결

법원의 논증은 크게 법해석과 법형성으로 구분된다. ‘법원리’를 활용하여 법원이 논증을 이끌어가는 사안은 주로 법형성 논증으로서, 엄밀한 차원의 순수한 법해석적 논증이 아니라 여러 가지 복합적인 정책적 요소를 고려하여 결정을 내린 사안이다. 따라서 법원의 법형성 판결, 그리고 법형성을 위하여 법원리를 논증의 근거로서 활용하는 판결이 연구의 대상이 된다. ‘법해석’과 ‘법형성’의 분기점에 대한 분석을 위하여, 앵기쉬와 라렌츠·카나리스 등 석학들의 논의를 정리하고, 법원이 법원리를 논증 과정에 활용하여 특정한 결정을 내리는 사안을 분석한다.

문제사안에 적합한 결정을 내리기 위하여 법원이 구체적 정의에 부합하는 사안 규범의 현출을 위하여 실질적인 규범창설 기능을 수행한다는 문제의식 하에, 일반법원 -정책재판의 성격에 관한 논의가 충분히 진행된 헌법재판소가 아닌- 의 판결에 드러난 정책적 요소를 분석하려고 하였다. 또한 최고심의 판결에 하급심이 실질적으로 구속되는 점을 감안하여, 판례법으로서의 규범적 지위를 인정할 개연성이 높은 대법원의 정책적 판결을 연구의 주된 대상으로 하였다.

또한 법원이 법원리를 논증에서 다루는 여러 다양한 사안 중 민사사

건, 그 중에서도 손해배상사례를 중심으로 분석을 진행하였다. 타법과 비교할 때, 민법은 일반추상적인 법규범으로 구성되어 있기 때문에, 행정법 등과 달리 민법 분야의 사건은 민법전에 기재된 규정만으로 해결될 수 있는 사안이 드물다. 법원이 협의의 법해석을 넘어서는 법형성 결정을 내리는 경우가 민사 판결에서 다수 관찰된다. 불확정성이 높은 법원리를 활용하여 도출되는 재량적 판결에 관한 연구의 주제와 잘 연계된다.

민사 분야는 법원에서 우리사회 현실의 요구에 부응하는 적합한 법질서의 착근과 발전을 위하여 법원이 주도적으로 많은 법리를 생성한 분야이며, 구체적 사안의 정의를 추구하기 위하여 성문법과는 배치되는 결정이 종종 내려지는 분야이기도 하다<sup>5)</sup>. 대법원은 다른 분야에 비해서 민법에 있어서 “문리해석에 대해 비교적 느슨한 입장을 취하는” 경향을 보인다. 민사 판결은, “일반적인 원리나 가치(정의, 자유, 후견, 신뢰, 공정, 신의, 형평, 효율, 법적 안정성, 합목적성 등)”의 문제가 자주 다루어지기에 그에 관한 이론적 고찰이 필요한 분야로서<sup>6)</sup>, 본 연구의 법원리 논증에 관한 문제의식을 잘 살필 수 있는 분야이다.

민사 판결 중에서도 연구대상으로서 손해배상 판결에 중점을 두어 분석을 진행하는 이유는, 손해배상 분야는 “발생한 손해의 공평·타당한 분담”이라는 지도이념, 즉 법원리가 지배하기 때문이다. 이와 같은 법원리 내지 지도이념이 구체적인 결정을 산출함에 있어 어떠한 방식으로 활용되는지를 분석함으로써 연구주제를 확인할 수 있다. 특히, 손해배상 중에서도 불법행위를 연구의 주된 대상으로 하는 것은, 불법행위 판결은 법원이 관련 당사자들의 계약이 존재하지 않는 상황에서 추상적인 법원리, “손해의 공평한 부담과 교정적 정의”를 문제사안에 부합하는 방식으로 구현하기 위하여 숙고한 결과를 투영하여 판결을 내리기 때문이다.

본인이 야기한 손해를 배상해야 한다는 당연명제 조항 외에는 사건 당사자 간 특별한 약정이 없는 상황에서 법원이 사회정의 요청에 반응하기

5) 권영준, “민법학, 개인과 공동체, 그리고 법원”, 2015, pp.1448-1449

6) 권영준, 전게서(주5), p.1403

위하여 보다 더 적극적인 모색을 수행하고, 그를 통해 포괄적인 문제 해결 규범의 정립이 필요한 경우이기 때문이다.

### 제3항 환경 분야의 판결

또한 민사 분야 중에서도 특히 환경 분야의 법원 판결을 초점을 두어 연구 주제를 살피기로 한다. 환경 분야는 규범의 급속한 형성과 발전이 이루어지고 있는 신생 분야로서, 여러 법원리가 급속하게 등장하고 이들이 실정법 내로 진입하고 있는 양상이 관찰된다. 현재 환경정책기본법에 기재되어 있는 오염원인자 책임원칙(polluter-pays-principle)이나 사전예방원칙(precautionary principle) 등과 같은 논리의 역사가 짧고, 수많은 법규들이 정책적 목표를 달성하기 위하여 등장하여 서로 영향을 주고 받는다. 환경법은 ‘목표지향적’이고 ‘가치지향적’ 성격이 두드러진다는 점에서, 정책적 판단이 두드러지게 관찰된다. 따라서 환경 분야 민사 사건을 주된 분석 대상으로 삼아서 정책과 법의 관계를 검토할 필요성이 크다. 특히 법원리가 활용된 판결에서 사법재량과 법정책의 관계를 유의미하게 검토할 수 있다.

법원리를 활용한 법형성 판결은 현행 실정법의 안정화된 지점을 ‘벗어난’ 결과물을 생성하기 때문에, 일종의 내용적 평형(equilibrium)을 이루고 있던 특정 사안에서의 실정법의 규범적 지점을 이동시키게 된다. 본 연구는 법원이 정의에의 요청 및 정책적 근거 등을 이유로 특정한 계기에 의하여 실정법의 단순 적용을 뛰어넘는 판결을 내림으로써, 평형점이 이동하는 모습을 드러내고자 하였다. 법원이 사안에 보다 적합한 판단을 내리기 위한 근거로서 법원리를 논증에 동원되는 경우가 두드러지는 환경 분야의 판례 분석을 통해서, “법원리의 의의와 기능은 무엇인가?”, “법원의 논증과 결정은 어떻게 이루어지는가?” 라는 질문에 관하여 의미 있는 답을 찾을 수 있다.

### 제 3 절 연구의 특성

#### 제1항 법원리가 수행하는 기능과 결과적 영향력

법원리가 현행 실정법에 대한 비판과 보완을 위하여 논증에서 활용되는 방식과 의의를 분석함에 있어서, 이 연구는 다음과 같은 측면에서 석학들의 선행연구와 구분되는 특징을 지닌다.

우선, 법원리에 대한 주된 접근방식이다. 드워킨(Dworkin)과 알렉시(Alexy)로 대표되는 석학들의 법원리 분석은, 법규칙(legal rule)과 대조되는 법원리(legal principle)의 이원론적 특징을 두드러지게 강조하는 것에 중점을 두었다.<sup>7)</sup> 선행 연구자들이 ‘대조’라는 접근방식을 통해서 법원리가 지니는 의의를 강조하고자 하였다면, 본고의 법원리 분석은 법원리가 그러한 특징에 따라 법형성 논증에서 수행하는 ‘기능(機能)’에 관한 고찰에 보다 중점을 두었다. 사안에 적합한 구체적 정의를 실현하려고 하는 법원이 현행 실정법에 대한 변화의 요청을 비판적으로 수용하는 과정에서 법원리가 활용됨을 확인하려고 하였다.

그리고 이러한 법원리의 ‘기능’에 초점을 두어 법원의 정책적 판단과 사법재량을 논의하기 위하여, 사비니에서부터 엥기쉬, 라렌츠·카나리스에 이르기까지 석학들이 제공하는 이론적 토대 위에서, 법원의 법형성 판결이 법규범 체계에 가져오는 결과적(consequential)인 효과에 보다 주목하려고 하였다. 즉, 법형성 판결은 실질적 의미의 사법입법(judicial law-making)<sup>8)</sup>으로서 실정법 체계의 내용적 구성에 변화를 가져오는 결

7) "학문적 전통에 따르면 법을 고찰하는 데도 일정한 분업이 있다. 정치철학자는 법의 효력에 관한 문제를 연구하고, 법학자나 법철학자는 법의 근거에 관한 문제를 연구한다. 그래서 법철학은 보통은 균형이 없는 법이론이 된다. 법철학은 주로 법의 근거에 관한 이론이고 법의 효력에 관하여는 거의 말하지 않는다."

(Ronald Dworkin(장영민 옮김), 『법의 제국』, 아카넷, 2004, p.169)

8) 사법부에 의한 입법, 판사법(judge-made law), 사법입법 등 다양한 표현이 가능하다. 이 연구에서는 법원이 의회의 의사결정 산물인 제정법을 단순히 해석하는 법 해석자의 지위에서 판결을 내리는 것이 아니라, 분쟁 사안을 해결하기 위하여 적합

과를 낳는다는 점에 주목하였다.

그리고 법원리에 입각한 법형성이 이루어지는 경우를 법체계의 단계적 양상과 연계하여 관찰하였다. 법원이 논증 과정의 결정적 논거로 법원리를 활용한 판결을 내리는 경우, 해당 결정은 기존의 법리를 변경하고 새로운 법리를 형성함으로써 실질적으로 법의 변화를 가져오는 결과를 낳는다. 법체계를 멀리서 관찰할 때, 법원리 논증은 변화단계(crisis)의 논증이라고 평가할 수 있다. 법원의 법형성 판결을 통해서 법체계의 실질적인 규범 변화가 일어나는 양상, 다시 말하여 법원리가 논증 과정에 활용됨으로써 법규범의 실질적 내용이 변화하는 법체계의 동태적 특성을 부각하려고 하였다.

법원은 법해석을 통해서 법체계를 가로지르는 논리적 일관성을 유지하고 논변의 흐름 속에서 구체적인 법리 내용을 더욱 정교하게 조탁하는 작업을 수행한다. 또한 법형성 판결을 통해서 법체계를 구성하는 규범들이 사회적 적합성과 타당성을 가질 수 있도록 그 실질적인 내용을 재조율한다. 법해석이 법체계의 규범 구성이 현상을 유지하는 안정적(stasis) 단계의 논증이라면, 법형성은 그를 통해 법규범의 실질적인 변화가 발생하는 변화(crisis)<sup>9)</sup> 단계의 논증이라고 볼 수 있다. 이를 통하여 법원의 ‘결정’이 - 그러한 결정이 법해석이건 혹은 법형성이건 - 법체계의 현상 유지와 새로운 변화에 어떠한 영향을 미치는지에 관한 연관성을 정리하려고 하였다.

## 제2항 법원리 판결의 법정책적 의의

판결이 어려운 사안에서 우리나라 법원은 대개, 법원리를 논증 과정에서 활용하여 법형성 판결을 산출한다. 법원리<sup>10)</sup>를 논거로서 활용하는 판

---

한 사안규범을 현출하는 경우를 의미한다.

9) 법규범의 실질적 변화가 발생하는 ‘불안정’ 단계를 의미한다.

결은, 구체적이고 명확한 범명제가 아니라 추상적·일반적인 가치와 이념, 사회의 거대한 법체계 구조가 표상하는 질서와 사회의 요청 - 통념과 건전한 상식, 국민의 법감정 등으로 표현되는 요청 - 을 그 결정의 이유로 삼는다. 법원리가 활용된 논증은 '효력'의 측면에서 실효성(=사회적 효력)은 있으나 합법성(=체계적 효력)은 부족한 (예비)규범 자원을 법체계의 구성 요소로 만드는 작업을 한다. 이를 달리 분석하면, 법원리는 사회적 타당성을 지닌 예비규범에 법질서와 원칙의 이름으로 정당한 법체계 구성요소로서의 자격을 부여함으로써, 해당 예비규범이 법체계적 합법성을 구비하게 하는 기능을 수행한다. 다른 관점에서 이를 살펴보면, 법체계가 사회와 절연되어 그 폐쇄성으로 말미암아 실효성을 잃지 않도록 '환경적응'을 돕는 것이 법원리가 수행하는 기능 중 하나라고 이해할 수 있다. 이는 우리가 법체계와 법원리를 어떻게 바라보고 수용해야 할 것인지를 모색함에 있어서 일정한 시사점을 제공한다.

이 연구는 법원리에 입각한 법원의 범형성 판결이 지니는 의의를 분석함에 있어서, 법체계의 규범내용 조정을 통한 '환경적응'이라는 관점에서 접근한다. 사법부에 의하여 법이 변화하는 동태적 기제를 관찰하고 이해함으로써 우리는 변화하는 사회 안에 위치한 법체계가 그를 둘러싼 주변 환경인 사회와 교류하면서 적응·발전해나가는 방식의 하나로서 법원의 범형성 판결이 일정한 역할을 수행하고 있다. 이는 사법부가 정책적 결정의 속성을 지니는 범형성 결정을 통해서 현행 실정법에 대한 보완과 비판 작업에 참여하고 있음을 확인하는 계기가 된다. 그리고 이와 동시에 법원리가 법체계가 사회적 환경에 적응을 가능하게 하는 기제임을 확인할 수 있다.

이러한 연구의 특성을 강조하기 위하여 -비록 논자에 따라서 각자 다양한 의미를 실어서 사용하는 다의적 개념이긴 하나- '법정책학'이라는

---

10) 판결에서 법규칙이 아닌 논거를 사용하는 경우, 법원리, 법의 지도이념, 법의 질서, 법의 원칙, 법감정, 신의칙, 사회의 건전한 통념과 상식 등 다양한 표현이 판결에 등장하지만 이를 '법원리'로 통칭할 수 있겠다

용어를 표제 및 본문에서 주요 개념으로 사용하였다. 법원리가 법원의 논변에서 활용된 결정이 순수법학의 결정만으로 이루어진 것도 아니지만, 그렇다고 하여 온전히 사회정책적인 판단에 의한 것이 아님을 말하기 위해서이다. 물론, 정책적 판단이 그대로 법적 판단이 될 수는 없다. 법적 논증에 참여하기 위해서는 정책적 요소들이 규범자원으로 포섭되어야 한다. 법원리는 그러한 포섭의 기능, 다시 말하여 사회 환경과 법체계 내부를 매개하는 기능을 수행한다.

### 제3항 국내 판결의 실증적 검토

이 연구는 법원의 법획득, 특히 법형성 결정을 어떻게 이해하는 것이 현실적으로 보다 높은 설득력을 지니는지 검토하기 위하여 법원의 결정이 이루어지는 방식, 법의 사회적 권위, 현행법에 대한 비판적 정신이 발현되는 방법 등에 관하여 검토한다. 이 과정에서 법형성 판결의 범주를 보다 명확하게 경계를 짓고, 실제 현실의 어떠한 경우에 법원의 법형성 판결이 일어나는 것인지 예증 사례를 통해 확인한다. 그리고 법원의 법형성 판결이 어떠한 사회적 역할을 담당하는지에 관하여 법원의 사회적 권위와 조직 기능을 함께 검토한다.

이러한 맥락에서 우리 법원의 판례가 ‘법원리’를 어떻게 다루는지 확인하고자 하였다. 연구의 문제의식을 충분히 검토하기 위하여 불법행위 손해배상에 초점을 두기는 하되 그 외에도, ‘법원리’ 내지 ‘법원칙’이라는 표제어로 검색되는 판결을 전체적으로 확인하고 해당 결정의 내용 및 유형을 분류하여, 법원이 법원리를 논증에 활용하고 법형성 결정을 산출하는 경우를 전체적으로 관찰하고 분석하였다.

주제별 키워드 검색이 가능한 판례검색 프로그램<sup>11)</sup>을 사용해서, 주제와 관련된 핵심어를 포함한 판결을 전수 검색하여 내용을 검토하였다.

---

11) 법원도서관의 ‘법고을 LX’ 등



예컨대 신의칙에 관한 국내 판결문의 검색결과(2019년 6월 기준)는, 판결요지에 ‘신의칙’이라는 표현이 등장한 국내 판결은 총 721건이었으며, 판시사항에 ‘신의칙’이라는 표현이 등장한 국내 판결은 총 370건이었다. 또한 민법 제103조가 판결요지에 등장한 판결문은 총 81건, 판결전문에 등장한 숫자 304건이다. 이 외에도 ‘법형성<sup>12)</sup>’ 및 ‘법원리<sup>13)</sup>’ 등 주요 핵심개념과 관련된 판결을 검색하여 그 내용과 쓰임새를 분석하였다. 법형성이라는 표현이 판결문에서 직접적으로 드러난 판결은 많지 않았고, 대개, “법형성은 안 되고 법해석을 해야 한다”라는 취지로, ‘법형성’을 부정하기 위해서 등장한 판결문들이었다. 법원리 또는 법원칙은 그간의 판결에서 법원이 제시한 가치 개념들을 수사학적으로 완결하기 위하여<sup>14)</sup> 사용되었음을 확인하였다. 이와 같은 경험적 접근은 우리사회의 법 현실에 대한 보다 충실한 기술(better description of reality)을 지향하는 본 연구의 목적을 반영한 것이기도 하다.

---

12) 판시사항에 ‘법원리’가 등장한 판결은 2건, 판결요지에 등장한 판결은 16건, 판결전문에 등장하는 경우는 151건이다.

13) ‘법형성’이 판시사항에 등장한 판결은 53건, 판결요지에 등장한 판결은 276건, 판결 전문에 등장하는 경우는 847건이다.

14) 예시: 국가의 최고규범인 헌법을 법률해석의 기준으로 삼아 법질서의 통일을 기하여야 한다는 법원리, 인간의 존엄성 존중이라는 헌법원리 등

## 제 4 절 연구의 구성

### 제1항 전체적 구성

본 연구의 주제는, “법원리 논증이 실정법체계에서 수행하는 기능”이며, 두 가지 측면이 강조되었다. “법원이 추상적 법원리를 논거로 활용하는 경우 그 판단의 과정에 정책적 논소(論素)가 상당 부분 반영된 결정을 내리는 경우”라는 것, 그리고 이처럼 법해석이 아닌 “법원리에 입각한 법형성적 판결을 통해 현행법의 실질적 내용에 변화가 초래”된다는 것이다.

법원리와 정책은 서로 다른 개념이나, ‘기능’적 측면에서는 일정 부분 동일한 효과를 산출하는 방식으로 작용한다. 법원리는 낱말의 법률과 구분되는 전체 법질서와 그에 내재된 도덕적 가치를 지시함으로써, 정책적 사고와 연계된다. 법원리와 정책은 다른 개념이나, 판결을 도출하기 위한 논거로서 법원리가 지니는 기능과 정책적 사고는 긴밀하게 연계된다. 판결 논거로서 법원리가 가지는 기능과 정책적 사고는 긴밀하게 연계된다. 논의 구성을 위하여 관련된 주요 개념들을 법체계, 법정책, 법원리의 흐름으로 전개하고 살피는 방식을 취하였다.

즉, 이를 부연하면 다음과 같다. 우리사회의 법체계는 실정법으로 구성되어 있다<sup>15)</sup>. 법적 결정을 획득하기 위해서 법원의 논증(법해석 외에도 법형성을 포함한 논증)이 이루어진다<sup>16)</sup>. → 법원이 법원리를 활용한 법형성 결정을 산출함에 있어서 어떠한 사고와 논증방식으로 당면한 문제에 접근하는지를 살피고, 법형성 결정이 법원의 정책적 판단에 의한 것임을 검토한다.<sup>17)</sup> → 법원이 정책적 사고를 동원하는 경우 법원은 대부

15) 법체계의 구성을 실정법으로 한정함으로써 형식적 법체계에 기초하여 논의를 진행한다.

16) 법적 결정을 도출하기 위한 사법부의 논증을 쫓고, 논증의 기능과 유형을 통해서 법의 개념과 법획득에 관하여 함께 살핀다. 법획득을 위한 법적 논증이 크게 법해석과 법형성으로 구성되며, 논증의 자원(資源)과 논리 구조(構造)에서 차이가 있음을 검토한다. 법원이 법해석을 하는 경우의 논증방식과 법형성을 하는 경우의 논증방식이 동일하지는 않다.

분 이러한 논거 활용의 정당성을 찾기 위하여 그 내용을 ‘법원리’로 표현한다. 법원리는 합법성이 부족한 (예비) 규범자원을 실정법체계 내부로 포섭하는 기능을 한다.<sup>18)</sup> → 법원리의 활용을 통해서 산출된 대법원의 법형성 판결과 그로 인한 법의 변화를 대법원 판례를 통해 실증적으로 분석함으로써, 법형성 판결과 법원리 논증이 우리사회 법의 실질적 변화를 가져오는 모습을 관찰하고 그 함의를 분석한다. 이 과정에서 사법재량 행사의 의의와 한계를 함께 검토한다.

## 제2항 법원의 논증과 법의 획득

법원의 법획득 작업에 관한 검토는, ‘법은 무엇인가’라는 단순하고 고전적인 - 하지만 언제나 어렵고 또한 매번 새로운 - 질문과 연계된다. 이는 현행 실정법에 관한 불만이 발생하는 경우 그러한 불만은 어떠한 방안으로 해소되는가 하는 연구의 주제와, ‘법은 무엇인가’라는 단순하지만 무거운 질문이 분리될 수 없기 때문이다.

법이 무엇인지에 관하여 법실증주의와 비실증주의(자연법론)<sup>19)</sup>는 서로 다른 설명을 제공한다. 그리고 법실증주의와 비실증주의가 제공하는 상이한 법 개념은, ‘해석의 막다른 골목’에서 일어나는 법획득에 관하여 양자가 다른 접근방식을 취하는 이유가 된다. 법실증주의 관점에 의하면 법원의 법형성 결정은 법관의 규범창설 행위이다. 그러나 자연법을 따르는 비실증주의 관점에 의하면, 법형성 결정은 실정법 이외의 근거를 가졌다고 하더라도 법질서가 드러내는 자연법을 법원이 발견하고 확인하는

---

17) 논증의 재료와 구성방식을 살필 때, 법형성 결정은 법해석과 구분된다. 법형성 판결은 법원이 순수한 법리적 사고 외에도 정책적 사고를 동원한 산출물이다. 정책적 사고는 사회 전반의 도덕적 가치와 질서를 고려한다.

18) 법원이 법체계 외부의 예비규범 자원을 활용하여 일정한 결정을 산출하는 논증 메커니즘으로 활용하는 ‘법원리’가 사회 법체계의 구성과 작동에 담당하는 역할을 분석한다. 이러한 과정에서 법실증주의와 자연법주의가 법의 변화를 이해하는 차이를 논의 전개에 필요한 부분에 한하여 함께 검토한다.

19) 자연법론과 비실증주의를 동일한 개념으로 사용하며, 문맥에 따라 혼용한다.

행위이지, 법창조 행위는 아니다. 법형성 판결에 관하여 법실증주의와 비실증주의가 서로 다른 관점에서 취하는 이해를 대별함으로써 현대사회의 법규범의 특성과 법원의 기능·역할을 감안하여, 보다 현실적 설득력이 높은 설명을 확인하려 한다.

법원은 법문언의 의미를 ‘풀이’함으로써 - 구체적 사안에서 유형적으로 확인 가능할 만한 수준의 ‘정의’를 제공함으로써, 혹은 필요한 경우에는 용어의 뜻을 ‘재정의’를 함으로써 - 문제사안에 적합한 판단을 내린다. 법원은 필요한 경우, 법률 조항에 사용된 언어의 통상적인 일상 용례를 감안할 때 다소 무리한 방법으로 해당 언어의 개념적 외연을 확장하는 법해석을 한다. 이처럼 법문언의 의미 개념을 확장하여 일반적으로 사용되는 어의보다 더 넓은 범주로 언어의 뜻을 확장함으로써 법원은 해당 법문언에 독특한 의미를 부여한다. 이는 법원이 구체적 사안의 정의에 부합하는 결정을 내리기 위하여 법문언의 의미를 - 통상의 용례와는 달리 - 새로이 재정의하는 방식으로 법형성을 하는 경우이다.

법문언의 가능한 의미를 일탈하거나 법문언의 의미를 재정의하는 방식으로 구체적 사안의 정의 요청에 부합하는 결정을 내리기 어려운 경우, 법원은 법의 목적을 감안하거나 관습을 이유로 해당 법문언의 효력을 상실시키기도 한다<sup>20)</sup>. 또한 신의칙과 금반언 등 일반 법원리를 통해서 효력을 정지시키는 경우<sup>21)</sup>도 종종 발생한다. 이는 법원이 법적 요건을 식별하여 그에 따른 법적 효과를 문제사안에 그대로 적용하는 법해석 결정이 아닌 다른 유형의 결정을 내림을 부인할 수 없이 보여주는 사례들이다.

---

20) 법원은 발행지가 기재되지 않은 어음과 수표의 효력을 인정하는 판결에서, 어음법 및 수표법 조항이 명확하게 지시하는 바를 무시하고 입법목적과 사회적 관행 등을 이유로 법률의 문언이 지시하는 바와는 다른 결정을 내린다.

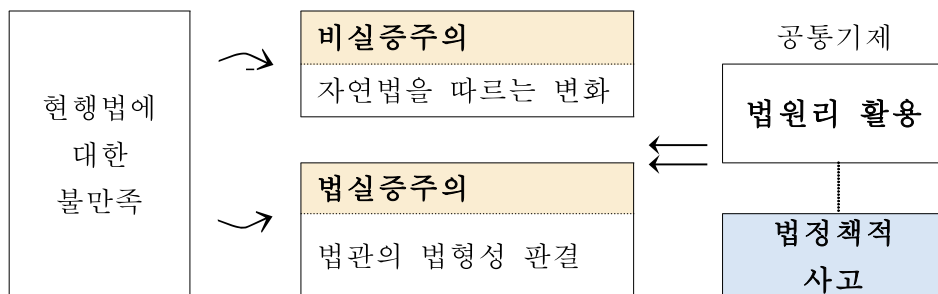
21) 대표적인 경우가 소멸시효의 완성 주장을 신의칙을 이유로 인정하지 않는 경우이며, 강행법규인 근로기준법을 신의칙을 이유로 따르지 않는 판결도 존재한다.

### 제3항 법형성의 결정과 법원리

법원은 분쟁 해결을 위하여 법리를 현출(現出)한다. 법원의 판단이, 분쟁 해결을 위한 적합한 법규칙의 선택과 그로 인한 법효력의 발생으로 종결되는 경우도 있지만, 문제사안을 규율하는 새로운 내용의 법이 형성되는 경우도 상당하다. 법형성 결정은, 해당 판단을 내리는 법원에 관한 조직적 차원의 분석과 함께, 법체계의 구성·작동에 관한 고찰을 요구한다. 법은 하나의 법률 안에서도 체계적 완성을 지향하고 있으며, 비단 한 법률을 넘어서 상호 연관과 위계에 따라 조직되어 있는 사회 전반의 법규범 역시 마찬가지이다. 최고 상위법의 위상을 가지는 헌법의 질서 하에 법규범은 -분야별 법들이 고유영역을 점하고 있으나- 전체 법체계를 이루고 있다. 이러한 법체계는 규범적 현존의 법적 안정성을 유지하고 있으나, 사회적 필요와 요청에 따라서 그 실질적 구성 내용이 변화하는 경우도 있다.

법의 변화에 관하여 보다 충실한 이해를 하기 위해서는 법체계에서 법원리가 어떤 위상을 지니고 어떠한 기능을 하는지에 관한 검토가 필요하다. 실질적 법체계론을 주장하는 비실증주의 입장에서는, 법원리는 법규칙과 구분되는 것이며 법체계 내부에서 법적 판단을 향도하는 작용을 한다. 그러나 법실증주의에서는 법체계를 구성하는 것은 가시적으로 확인 가능한 사회적 실행의 법규범이라고 하는 형식적 법체계론을 말한다.

〈그림 1-1 : 법원리를 활용한 현행법 비판과 보완〉



법관의 법형성 판결은 비실증주의와 법실증주의 양자 모두에서 각기 다른 방식의 설명이 가능하다. 따라서 두 설명방식을 병렬적으로 검토한 다음, 두 가지 설명 중 어느 이론이 더욱 높은 현실적합성과 설득력을 가지고 있는지 비교할 수 있다. 법원의 판결에서 관찰되는 논변을 쫓아 감에 있어서, 우선 자연법론·비실증주의에 따라, 그리고 법실증주의에 따라서 논리를 전개한 다음, 두 관점 중 법원 판결이 구사하는 논리를 더욱 잘 설명하는 관점이 무엇인지 확인한다면, 두 입장 중 더욱 경쟁력 있는 입장에서 설명하는 법개념과 법체계, 법과 사회의 관계가 보다 타당한 것이라고 볼 수 있을 것이다.

이론은 현실을 이해하는 틀이며, 법실증주의와 비실증주의 역시 법현상 내지 법현실을 어떠한 틀에서 이해하고 접근할 것인가 하는 문제이다. 두 가지 틀 중에서 법현실에 관하여 보다 경쟁력 있는 설명을 제공하는 이론이 합당한 이론일 것이다. 무엇보다 중요한 것은, 우리 법현실에서 법원이 법원리를 판결 이유로 삼는 실례를 관찰하면서 그러한 법원의 결정이 도출되기까지 법원의 사고방식, 그리고 법체계의 구성 및 작용 면면에 관한 이해를 할 필요가 있다. 해당 판결의 논변 구성에 관한 비판적 검토를 통해서 이에 관한 정리가 가능하다면 우리사회의 법과 정책, 혹은 법체계와 정치체계에 관하여 또 다른 각도의 분석을 더할 수 있을 것이다.

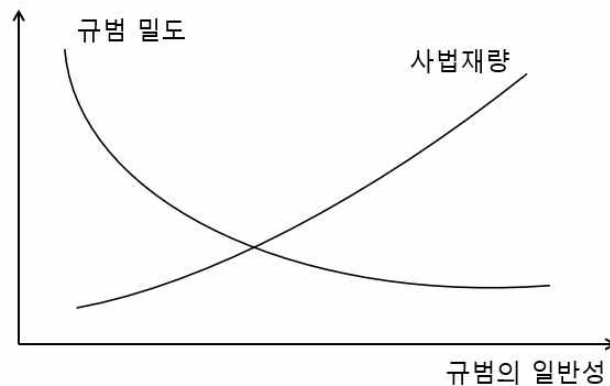
#### 제4항 주요용어의 개념적 의미와 용법

각 대목에서 논의하겠으나, 의미 전달의 명확성을 기하고 불필요한 오해를 가급적 덜기 위하여 본 연구에서 다루는 주요 개념은 다음과 같은 의미로 사용되었음을 논지의 전개에 앞서 미리 밝힌다.

## 1. 법원리

법원리(legal principle)의 개념적 층위는 다양하다. 명확성과 불확정성이라는 대조적 특징이 두드러지는 법규칙과 법원리의 관계는 일도양단의 관계라기보다는 실상은 명확성과 추상성의 양 극단 사이에서 어느 정도(degree)의 차이가 있는 연속적 관계에 놓여 있다<sup>22)</sup>. 하지만 본 연구에서는 논변의 명확한 내용 구성을 위해서, 법원리 중에서도 가장 극단적인 성격을 갖는 법원리를 상정하여 그 추상성과 불확정성을 강조하였다.

〈그림 1-2 : 법원리의 규범 밀도와 사법재량〉



법규칙과 법원리의 관계는 자칫 일도양단의 이분법적 관계라고 인식될 수 있지만, 실제로 양자는 구체성과 추상성의 정도를 달리하며 이어지는 연속체(continuum)<sup>23)</sup> 관계에 놓여 있다. 이러한 연속적(continuous)<sup>24)</sup> 관

22) 드워킨과 알렉시의 연구를 비롯하여, 법규칙과 법원리의 관계가 일도양단의 이분법적 관계라고 자칫 인식될 수 있는 소지를 제공하는 분석이 많지만 규칙과 원리는 이분법적 관계가 아니라 연속적 관계이다.

23) Schauer, *Thinking like a lawyer*, p.201

24) Schauer, *Thinking like a lawyer*, p.188

: ‘최선의 이익’ 또는 ‘합당하지 않은’과 같은 내용들을 포함하는 기준(standards)은 광범위하고 막연하고 일반적이며 부정확(broad, vague, general, and imprecise)하다. 그에 반해 법규칙은 ‘20인 이상’, ‘무광의 흰색 종이’와 같이 정확하고 구체적이며 확실하고 확정적(detailed, specific, concrete, and determinate)이다. 상기 예시로 든 기준과 법규칙은 극단적인 차이를 가지고 있는 것처럼 보이지만 극단적 예시를 들었을 뿐 사실 법규칙과 기준의 차이는 수준에 따른 상대적인 것(a matter of degree)이며, 실제의 법규범은 연속적인 스펙트럼의 어느 지점에 위치해 있다.

계에서 법규칙(rule)의 극단 지점에는, 자체완결적인 지시를 내리는 규칙(per se rule)<sup>25)</sup>이 존재하고, 기준(standard)의 극단에는 ‘착하게 살라’는 실제 파악이 어려운 요청이 존재한다. 하지만 논변 과정에서 사법재량의 행사 요건을 검토하기 위하여 실제로는 법규칙과 연속체적 관계에 있는 법원리의 성격을 극단적으로 강조하였다.

법원리는 법규범 중 일반·추상성이 높아서 그와 반비례하여 규범 밀도가 극히 낮은 법규범으로서 낮은 규범 밀도로 인하여 문제사안에서 특정한 결론을 직접적으로 지시하지는 않는다. 즉, 통상의 이해를 기준으로 (자연법-실정법)에 해당하는 내용을 X라고 표현할 때, 법원리는 그러한 X의 범주에 속하는 실정법 외의 기준들을 법적인 판단기준으로 활용할 수 있도록 하는 개념이다. 사회의 건전한 상식과 법감정, 정의관념 등이 법적 판단을 위한 기준으로 사용될 수 있도록 법원은 해당 내용들을 법원리에 의하여 사안규범으로 유입한다. 다시 말해, 이 글에서 법원리는 법원의 ‘승인(承認)’ 작업에 활용되는 매개체 혹은 도구로서의 개념으로서 접근된다.

법원리는 그 지시 내용의 추상적·불확정적이므로 사법재량의 여지가 커진다. 사법재량은 법규범의 추상성·불확정성 구분에 의하여 좀 더 정확한 발동의 요건을 가늠할 수 있다. 법규범이 추상적일수록, 그 내용이 불확정적일수록 사법재량이 행사될 이유 및 실제적 가능성이 커진다는 토대 위에서 법원리를 이해하고 있기 때문에 이 글에서 논의되는 법원리는 ‘사법재량’과 필연적으로 연계된다.<sup>26)</sup> 그 자체로 명확한 의미 전달이 가능한, 자명한 법률(per se rules)이 아닌 이상, 규범의 사안 적용을 위해서는 사법재량이 요청된다. 일반성과 추상성의 정도가 극단에 놓인 법원리는 엄밀한 개념의 ‘실정법’으로 보기 어렵지만, 법원이 논증과정에서 법원리를 활용함으로써 실정법체계의 개방성과 변화에 대한 수용성이 가

---

25) Schauer, Thinking Like a Lawyer

26) 드워킨(Dworkin)과 알렉시(Alexy)의 법원리 연구는 법원리의 ‘특질’이라는 존재적 측면에서 주된 관심을 보이고 있으나, 본 연구는 법원리의 ‘기능’에 초점을 두고 있다.



능해진다. 법원리의 활용을 통해 실정법체계는 사회적 지속가능성과 내용적 건전성을 유지할 수 있다.

## 2. 법정책

이 연구에서 법정책은 ‘legal policy’를 의미한다. 법정책학의 개념이 아직 형성단계이므로 보편적인 개념은 아직 정립되어 있지 않다. 법정책적 결정은 ‘법적’ 근거와 함께 ‘정책적’ 근거에 바탕한 결정으로서, 법규칙 외의 근거가 판단 논거로서 활용되는 경우이다. 법규범의 내부논리에만 충실한 연역적 결정이 아니라, 법정책적 결정은 법명제와 함께 정책적 고려가 반영된 결정이기 때문에 표현 그대로 단순하게 접근하여, ‘법+정책(law and policy)’를 의미하는 것으로 새길 수도 있다.

경우에 따라서는 법정책학이 법에 관한 정책과학적 분석(policy science of law<sup>27)</sup>)을 의미한다. 정책은 라스웰(Lasswell)의 개념 정의처럼, “바람직한 사회상태를 이룩하려는 정책목표와 그를 달성하기 위한 정책수단에 대하여 권위 있는 정부기관이 공식적으로 결정하는 지침<sup>28)</sup>”이다. 법정책은 그러한 ‘목표지향적’ 혹은 ‘가치지향적’ 성격을 지닌다.

아이젠버그(Eisenberg)는 보통법 논증(common law reasoning)을 분석함에 있어서, ‘법리적 명제(doctrinal proposition)’와 ‘사회적 명제(social proposition)’로 구분한 분석틀을 제시하였다. 이러한 분석을 따르는 경우, 법정책학적 논증은 법원이 단순히 법리 명제(doctrinal proposition) 외에도 사회 명제(social proposition)를 판단과 논증에 활용한 경우라고 할 수 있다. 법원이 법정책적 판결을 내리는 경우, 이는 순수하게 실정법체계 내부의 규범자원, 즉 순수하게 법명제만을 연역적 구조에 따라 축조한 논증으로 구성되었다고 보기 어렵다.

법정책적 사고는 목적지향적, 귀납적, 종합적(all things considered) 사

---

27) 홍준형, 법정책학의 의의와 과제, 2000, p.119

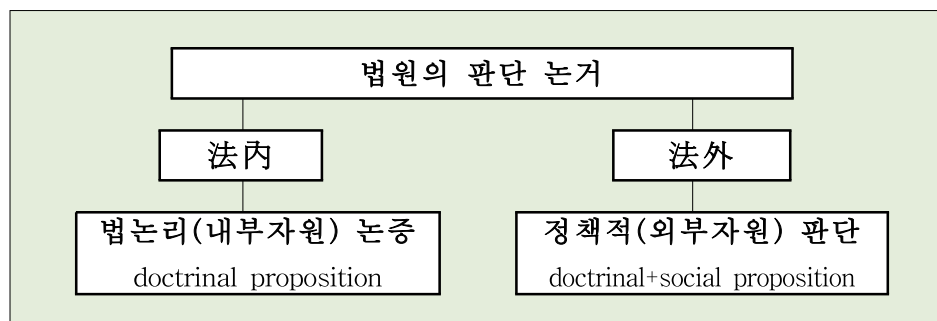
28) Lasswell(1951), "The Policy Orientation", in The Policy Science, pp.3-15

고이다. 하지만 이 글에서 사용된 법정책학의 주위적(主位的) 개념은 legal policy에 가깝다<sup>29)</sup>.

### 3. 법적 논증과 법형성 판결

법원이 수행하는 논증에 접근하기 위해서는 두 가지 차원에서의 분석과 검토가 필요하다. 법원의 논증은 어떠한 논리적 과정에 의하여 설계되는가 하는 점이며, 그러한 논증에서 활용되는 논증의 자원 혹은 재료가 무엇인가 하는 점이다. 통상적인 법해석(狹義)의 논증 설계를 분석하는 경우, 명료하게 확증 가능한 실정법이 논증의 자원이 되며, 이 경우 논증의 논리 구성방식은 비교적 간단하다. 실정법에서 논증의 재료-일반·추상적인 법규범-를 추출하여 포섭을 통하여 구체적 사안에 적용하는 3단 논법 방식을 통해 일정한 결정을 도출한다.

〈그림 1-3 : 법원의 판단 논거 구분〉



법형성<sup>30)</sup>의 논증 설계는 이와 다르다. 법형성 판결에서 법원은 ‘법 문언의 가능한 의미’의 경계 영역을 벗어난다. 본 연구에서 ‘법형성’은 독일

29) 법정책학의 개념에 대해서 비판적인 입장도 있으나, 현실을 관찰할 때 다양한 법정책적 판결을 확인할 수 있다. 특히 미국 판결의 경우, “prudential requirement”라고 표현되는 법정책적 접근이 분명히 관찰된다.

30) 통상적으로 법형성이 요청되는 경우는 다음과 같이 정리된다. 즉, 법이 모호한 목소리로 말하는 경우, 침묵하는 경우, 모순된 이야기를 하는 경우이다.

의 ‘법문언을 넘어서는 법형성(rechtsfortbildung contra legem)’보다 유연한 개념으로 사용되었다. 이 글에서 ‘법형성’ 판결의 개념적 용법은, 의회가 아닌 법원이 ‘의미를 생성하는’ 판결이다. 즉, 즉 법원의 일정한 ‘의사결정’이 반영된 판결이다<sup>31)</sup>.

법원이 법형성 판결을 내리는 경우, 이는 순수하게 실정법체계 내부의 규범자원, 즉 순수하게 범명제만을 연역적 구조에 따라 축조한 논증으로 구성되었다고 보기 어렵다. 법형성 판결은 법원이 법률에 이미 내재되어 있는 명약관화한 논리를 재차 확인한 것이 아니라, 성문법의 논리를 보완하거나 법이 침묵하고 있는 영역에서 사안 해결에 필요한 법리를 새로 형성하는 경우, 또는 구체적 사안에 적합한 결론을 도출하기 위하여 특정의 법규범을 뛰어넘거나 효력을 예외적으로 정지시키고 전체 법질서 내지는 사회의 정의 관념에 근거한 결론을 도출하는 경우를 의미한다. 법형성 판결이 내려지는 경우 법적 논증은 법원이 선택 가능한 대안을 일정한 테두리 안으로 한정하는 기능을 한다.

#### 4. 사법입법

법원이 법에 내재(內在)하는 규칙과 원리를 발견하는 기능만을 담당한다는 일반적 통념이 존재하고 있으나<sup>32)</sup>, 현실에서는 그와는 달리 법을 단지 해석하는 ‘법발견<sup>33)</sup>’의 기구만이 아니라 법원이 실질적으로 규범을

---

31) 예컨대 ‘의회에서 새로운 법을 입법하여 그 법을 법원이 적용하여 기존과는 새로운 내용의 판결을 내리는 경우’는 새로운 의미의 생성이 의회의 입법행위에 의하여 이루어진 것이지, 법원에 의하여 이루어진 것이라고 보기 어렵다. 따라서 그와 같은 경우는 법형성 판결의 범주로 분류하지 않는다.

32) Schauer, Frederick, "Do Cases Make Bad Law?", 2006, p. 885

“Homes가 보통법 방식의 장점에 관해서 서술했던 당시에 법관이 [판례를 통해] 법을 만들어서도 안 되면 실제 그러하지도 않다는 것이, 비록 보편적 견해는 아니어도 다수의 생각이었다. 20세기 이전까지 보통법 방식의 의사결정은 기존 법에 내재(內在)하는 규칙과 원리를 발견하는 과정 - 발견을 위하여 선행 판결의 내용에 관한 논리적 추론과 ‘법적 논증(legal reasoning)’으로 알려진 일군의 방식을 활용하는 과정 - 으로 널리 이해되었다.”

33) Schauer, 전게서(주30), p. 886

창설하고 있음을 인정하는 입장은 많다<sup>34)</sup>.

법원은 규칙을 제시하거나 기준을 발표하는 방식으로 종종 법을 만들어낸다. 법원이 규칙을 제시하건 기준을 발표하건 간에, 법원의 견해 표명은 향후 [관련성이 있는] 사안에서 추정적 효력을 지니는 지배 규범(as the presumptively governing norm)으로 기능한다. 이는 결과적으로 법원이 제시하는 규범이 - 비록 그러한 규범이 ‘착한 일을 하라’처럼 아무리 추상적인 내용이라 할지라도 - 유사한 미래 사건에 실질적인 영향을 미치는 법(as constraining law for future cases)으로 기능한다는 것을 의미한다. 법원이 발표하는 규범이 정확하고 구체적인 경우 해당 내용의 영향력은 더욱 커지며 선례구속의 강력한 힘과 비중을 발휘하게 되면서, 그와 반대되는 내용을 누르게 된다. 법원이 발표한 규범이 향후 법원이 내리는 [판단의] 제약요인으로 기능하게 되는 것이다<sup>35)</sup>.

법원의 판결이 주어진 법의 적용이 아니라 ‘의미생성’의 결정일 때 사법입법이 이루어진다. 법원의 결정에 의해 법규범 변화가 발생하고 법의 실질적 내용 구성에 변화가 발생한다.

‘법원 판결에서 비롯되는 법의 변화’라는 점을 분석하기 위해서는, 법원의 논증 방식과 법체계의 유지 및 변화에 주목할 필요가 있다. 사법기구에 의한 ‘법의 변화’가 일어나는 경우는 법원이 엄격하게 한정된 협의의 법해석을 하는 것이 아니라 법문언의 통상적 어의를 확장·초월하여 결정을 내리는 경우이다. 또는 구체적인 특정 법조항에 의거하여 사안을 규율하기보다는 포괄적인 논거를 활용한 종합적 사고 과정을 거쳐 법적 결정을 산출하는 때이다.

---

“사회 대다수가 보기에, 보통법 판사들은 이미 존재하는 법원리를 발견하고 확인하는 일을 한다고 이해되었다. 이러한 사고방식은 [법관의 업무가] 원리를 찾아내는 것이지 원리를 만드는 것이 아니라는 것, 즉 법의 창조(creation)가 아니라 법의 발견(discovery)이라는 이해에 기초하고 있다. 법형성은 [법관 업무의] 절차 중 하나로 여겨지지 않았다.”

34) 법원이 법형성 양상을 관찰하여 이를 두 가지 접근방식으로 설명하는 견해도 있다. 아이젠버그(Eisenberg)는 법원의 법형성을 부산물 모델(by-product model)과 풍요화 모델(enrichment model)로 설명한다.

35) Schauer, 전게서(주30), pp. 885-886

헌법의 수권기관인 입법, 행정, 사법기관은 각자 그 크기와 성격이 다른 재량을 부여받았다. 입법부에게는 입법재량이, 행정부에게는 행정재량이, 사법부에게는 사법재량이 부여되어 있다. 법의 형성권한을 헌법적 체계 내에서 부여받은 입법부와 대별되어, 사법부는 법의 해석 권한만을 가진다고 하나, 이는 입법부와 사법부의 준별을 명확히 하기 위한 형식적 구분이며, 사법부가 사회적으로 수행하는 기능을 그 겉껍질만을 보고 판단하려는 피상적 태도에 불과하다.

사법입법을 통해서 드러나는 법의 동태적 측면, 즉 사법입법으로 유발되는 법체계 ‘변화’는 분석의 가치가 있다. 대부분 입법은 의회입법에 의해서 이루어지지만, 의미생성적인 법형성 판결을 통해서도 법규범의 변화는 이루어진다. 사법입법은, 법의 불확정상황 - 실정법이 존재하지 않거나 법이 명확한 지시를 하지 않는 경우 - 에서 법원이 일정한 결정을 산출하기 위해서, 혹은 법이 명확한 지시를 하고 있으나 적합한 해결 방안을 도출하기 위하여 그러한 지시의 효력을 예외적으로 정지시킬 필요가 있는 경우에, 법원이 도덕원리 혹은 사회정책적 논거 등을 활용하여 일정한 사안규범을 현출하는 것을 의미한다.

## 5. 법체계와 사회체계

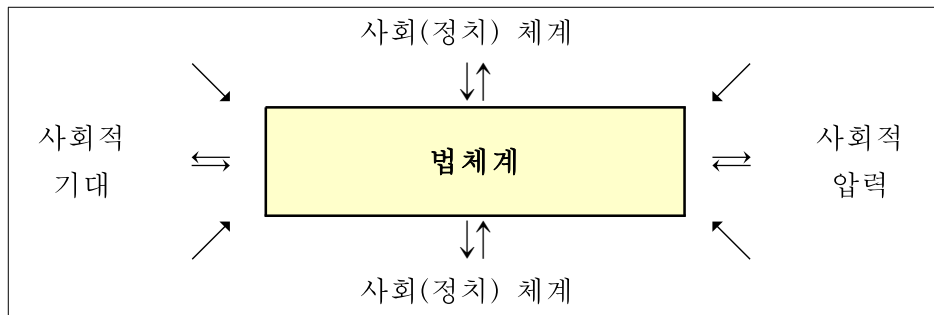
법은 사회(정치) 환경의 영향을 받는다. 즉, 법체계(legal system)는 외부의 사회 환경과 절연된 것이 아니다. 법원리 논증을 활용한 판결은 법체계와 주변 환경과의 교류를 가능하게 한다<sup>36)</sup>. 법원리를 활용하여 법체

---

36) 이 경우 법원리 논증은 법의 정의관념을 드러내는 지표로서 기능한다. 물론, 일반 국민의 법감정 등을 있는 그대로 법원리라고 이해하는 것이 아니다. 법감정을 법체계 내부의 규범자원으로 승인'하는 매개체가 법원리라고 접근한다. 보편타당한 상식이나 국민일반의 법감정과 같은 예비규범 자원을 사안판단 규범으로 승인받게 하는 도구로 법원리를 이해할 수 있다. 단순한 관행 및 사회적 의지 결집을 법으로 보기는 어려우며, 그러한 내용이 법규범으로 인정받기 위해서는 법관의 승인이 필요한데, 그러한 승인을 위하여 법원리가 기능한다고 이해하고 있다. 즉, [재료 : 도구 = 법감정 : 법원리] 라는 관계의 도식으로 간략히 정리할 수 있다.

계 내부의 구성과 외부의 환경이 교류함으로써 법체계의 폐쇄성은 극복된다.

〈그림 1-4 : 법체계와 사회체계〉

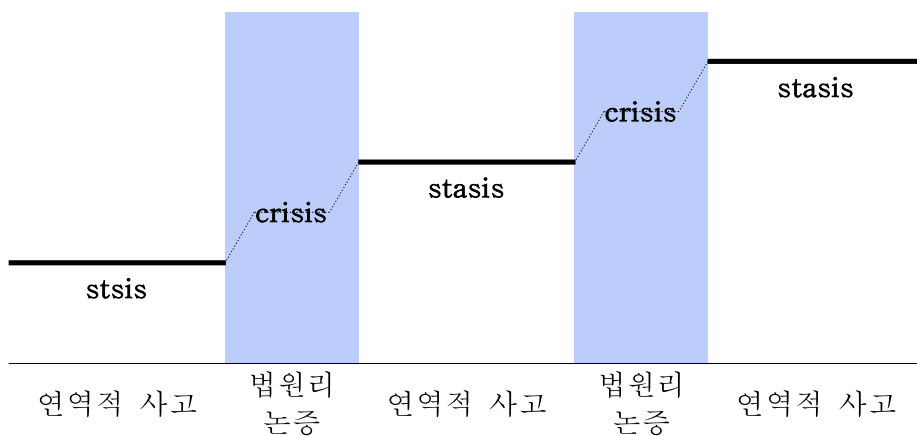


법원이 법체계 내부의 규범자원에 따라 문제사안을 해결하지 않고 외부의 예비규범 자원을 유입하여 결정을 산출하는 이유는, 사회적 환경의 변화에 적절하게 반응하고 기존 규칙의 내용보완 및 모순 제거를 위해서이다. 법원은 법외(法外)적인 -보다 엄밀히 말하면 법체계 내부에 존재한다고 표상되지만 실제로는 외부의 예비규범 자원을 포섭하고 매개하는 방식으로 작동하는- 법원리를 활용함으로써, 법원은 법의 목소리가 들리지 않는 영역, 법의 목소리가 모순된 결과를 지시하는 영역에서 적합한 결론을 산출할 수 있다. 즉, 법체계는 법원리를 활용함으로써 법적 판단을 위한 논거로서 외부 자원을 유입할 수 있다. 법체계가 기존의 내부적 구성자료, 법규칙에 의거해 문제사안을 해결하지 않고 외부 자원을 유입하여 결정을 산출하는 것은 법체계가 위치한 우리 사회의 변화에 적절하게 반응하고 법체계 내부에 존재하는 기존 규칙의 보완 및 모순 제거를 위해서이다.

## 6. 불안정상태(crisis)와 안정상태(stasis)

본 연구에서는 법원리를 활용한 판결과 그로 인한 법의 실질적 변화 등 법체계의 동태적인 특성이 주로 부각되었다. 불안정상태(crisis)는 법규범 실질의 변화가 발생하는 단계를 의미한다. 슈미트<sup>37)</sup>와 아감벤<sup>38)</sup>의 연구에서 일부 영향을 받았으나 슈미트나 아감벤의 이론에서 말하는 의미의 ‘비상사태’나 ‘예외상태’는 아니다. 슈미트와 아감벤은 법이 정지되는 비상상태를 말하고 있으나, 본 연구의 불안정상태(crisis)는 일상적 환경에서 발생하는 변화를 의미한다.

〈그림 1-5 : 법체계의 유지와 변화 단계〉



법체계에 대한 큰 위협과 도전이 제기되는 것이 아니라, 사회체계의 규범 자원들을 법체계 내부로 옮겨와서 흡수하기 위한 의미생성 판결이 일어나는 때이다. 그에 반하여 안정상태(stasis)는 법원이 ‘해석적’ 논증 작업을 통해서 법규범의 재확인을 통해 그 실질적 내용이 유지되는 상태를 의미한다.

37) 칼 슈미트 著, 김도균 譯, 『합법성과 정당성(Legalitaet und Legitimitaet)』, 도서출판 길, 2015

38) 조르조 아감벤 著, 김항 譯, 『예외상태』, 새물결, 2009

## 제 2 장 법체계와 법원리

### 제 1 절 법체계와 법의 개념

#### 제1항 법체계의 구성

##### 1. 질서를 따르는 통일체

법은 개별적으로 존재하는 것이 아니라 “하나의 체계(system), 질서(ordnung)를 이루며 존재<sup>39)</sup>”하며, 하나의 법률 안에서도 체계적 완성을 지향하고 있다.<sup>40)</sup> 상호 연관과 위계에 따라 조직되어 있는 사회 전반의 법규범은, 최고 상위법의 위상을 가지는 헌법의 질서 하에 체계를 이루며 존재한다.

법체계<sup>41)</sup>라는 사고의 틀은 제정법 위주의 법계이건, 보통법계이건 보편적으로 인정된다. 특정 사안에 적용할 성문법이 무엇인가 하는 제정법적 체계에서는 물론, ‘전체적인 법질서(the law)’에 따라서 사안을 해결하

---

39) 다만, 법체계가 완전한 질서와 조화를 이루지는 않아서, 규범 충돌의 문제가 종종 발생하곤 한다. 오세혁(2002)의 연구도 이를 명확히 하고 있다.

: “우리는 이러한 규범체계(Normensystem)가 통일적으로 잘 구성되어 규범들이 서로 조화롭게 공존하기를 기대하지만, 현실은 그렇지 못하다. 특히, 일반규범을 구체화하는 과정에서 그와 충돌하는 규범, 또 서로 충돌하는 개별 규범은 드물지 않게 성립한다.” (오세혁, “규범충돌 및 그 해소에 관한 연구”, p.1)

40) 법을 비롯한 규범은 개별적으로 존재하는 것이 아니라 하나의 질서·체계로서 존재하며, 다른 규범 체계와도 직·간접적으로 서로 관계를 맺고 있다. 법원은 구체적인 사안의 해결과 법체계의 통일성을 위하여 충돌하는 규범 중 어느 하나(혹은 하나 이상)를 실질적으로 폐기하는 작업을 수행한다. (오세혁, “규범충돌 및 그 해소에 관한 연구”, pp.170-171)

41) 법원리를 논거로서 활용한 법형성 판결의 구체적인 면면을 분석하기 이전에, 법체계(legal system)를 먼저 검토하는 이유는, 법원의 결정으로 유발되는 법의 실질의 내용 구성에 일어나는 변화를 우선 거시적 구조에서 분석하기 위한 것이다.



는 보통법의 체계에서도, 총체적인 법체계라는 관념이 전제되어 있다<sup>42)</sup>.

“법에 접근함에 있어서, 우리는 통일적 체계 - 특히 대륙법 전통에서는 통일적인 법체계(the unity of a system) 개념을 통해 법률 문언을 특정한 사안에 적용하는 것이 가능하다고 본다 - 를 상정한다. 당연하게도, 우리는 우리가 마주하는 모든 문제들이 미리 법적으로 재단되어(pre-formulated) 있거나 그에 관한 결정이 이미 도출되어 있지는(pre-determined) 않다는 것을 잘 알고 있다. 보통법은 문제사안을 해결하기 위해서 연역적 방식을 사용하기보다는 유사한 사안의 해결을 참고하는 유추의 방식을 사용한다. 그러나 보통법 사고방식 역시도 선존(先存)하는 기왕의 여러 결정 중 어떠한 결정을 참고하여 올바른 결정을 내릴지 정하기 위해서는 체계적인 구조를 상정해야 한다.”<sup>43)</sup>”

법원 결정에서 논거로 동원되는 법은 하나의 조항을 분리·절연하여 접근되는 것이 아니다. 법관은 법 조항 전체를 유기적·체계적으로 종합하여 해석<sup>44)</sup>한다. 국내 판결에서 법체계 관념은, “법률해석은 국가의 최고 규범인 헌법을 법률해석의 기준으로 삼아 법질서의 통일을 기하여야” 한다는 표현을 통해 거듭 확인된다.<sup>45)</sup>

우리나라 법원은 법은 헌법의 질서를 정점으로 하여 상위규범과 하위규범의 체계적 구조를 이루고 있음을 다음과 같이 강조한다.

---

42) 법의 영역과 계통을 막론하고, 상하위법의 규칙과 위계(hierarchy)는 헌법과 법률, 하위법령, 조례와 지침, 계약 등의 층위 구분을 통해 드러나는 체계로서의 법에 대한 이해는 보편적이다.

43) Ladeur, Karl Heinz, "The Theory of Autopoiesis as an Approach to a Better Understanding of Post-modern Law: From the Hierarchy of Norms to the heterarchy of Changing Patterns" p.7

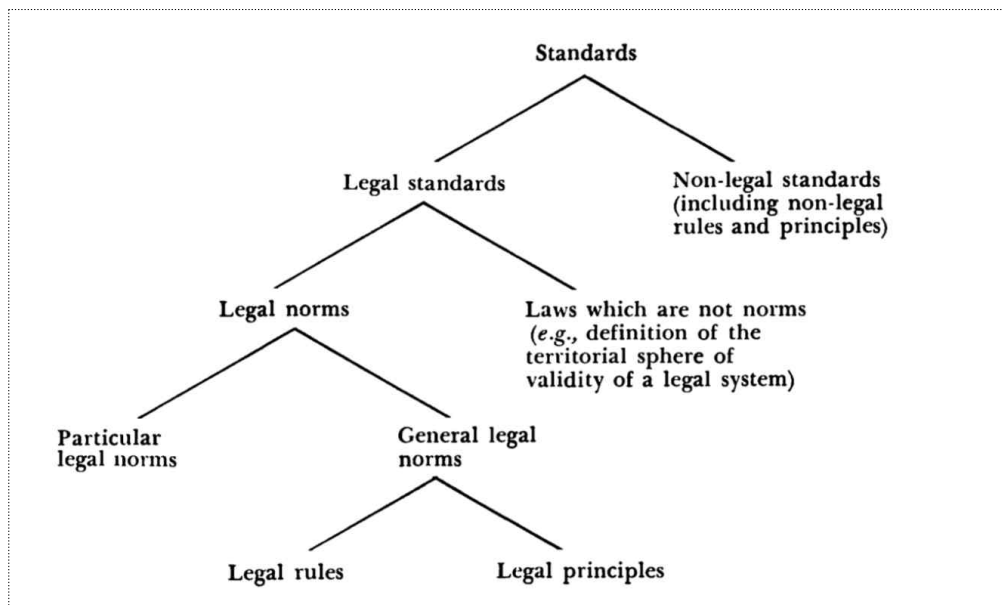
44) 헌법재판소 전원재판부 2004. 10. 28. 선고, 2002헌바41 결정  
: “이 사건 금지조항의 본문과 학교보건법 제5조 제1항을 고려하면 “대통령령이 정하는 구역”은 학교경계선으로부터 200미터 안에서 정하여질 것임을 알 수 있고, “학습”과 “보건” 그리고 “위생”의 의미가 불명료하다고 할 수는 없으며, “학습과 학교보건위생에 나쁜 영향을 주지 않는 행위 및 시설”은 이 사건 금지조항의 입법취지와 학교보건법의 관련 법률조항 전체를 유기적, 체계적으로 종합해 보면 어떠한 행위와 시설이 위 단서에 해당하는 행위와 시설인지는 어렵지 않게 예측할 수 있으므로, 위 단서가 포괄위임금지원칙에 위반된다고 할 수 없다.”

45) 대법원 2006.06.22. 자 2004스42 전원합의체 결정 보충의견(대법관 김지형)

국가의 법질서는 헌법을 최고법규로 하여 그 가치질서에 의하여 지배되는 통일체를 형성하는 것이고 그러한 통일체 내에서 상위규범은 하위규범의 효력근거가 되는 동시에 해석근거가 되는 것이므로, 헌법은 법률에 대하여 형식적인 효력의 근거가 될 뿐만 아니라 헌법규정에 포함된 법의 원리는 입법을 지도하는 원리로서 법률의 해석·적용에 있어서 당연히 고려되어야 하는 것이다.”<sup>46)</sup>

법 규범(legal norm) 내지 법 명제(legal proposition)는 고유한 속성 및 활용되는 맥락에 따라 법규칙, 법규준, 법원리 등 다양하게 분류된다. 추상화 수준에 따라 이를 나열하면 법규칙(legal rules), 법규준(legal standard), 법원리(legal principle) 순서로 배열된다<sup>47)</sup>.

〈그림 2-1 : Raz의 규범 구분<sup>48)</sup>〉



Raz는 법체계에 관한 연구를 통해<sup>49)</sup>, 법의 존부, 법의 정체성, 그리고

46) 대법원 1997. 3. 20. 선고 96누1382 전원합의체 판결 반대의견

47) 하지만 모두가 이러한 순서로 정리하는 것은 아니다. Raz의 경우에는 principle → norm → rule 순서로 추상적 상위규범에서 구체적 하위규범으로 정리한다.

48) Raz, Legal Principles and the Limits of Law, p.824

법의 구조와 내용을 살펴볼 수 있다고 한다. 당연하겠으나 추상화 수준이 높을수록 해당 규범이 지시하는 내용에 관해서는 다양한 해석이 가능하다. 법적 결정에서 법원리가 등장하는 경우, 법질서의 지도이념, 정의에의 부합, 법의 근본 질서와 같은 불명료한 표현들이 사용된다.

## 2. 실질적 법체계와 형식적 법체계

법체계는 법적 논증의 결과물이 집적되어 형성된 총화라고 할 수 있다. 법체계에 관한 안준홍의 연구(2010)<sup>50)</sup>는 다양한 학자들의 관점을 크게 양분하여 법체계를 ‘형식적 법체계’ 모델과 ‘실질적 법체계’ 모델로 구분한다. 형식적 법체계 모델이나 실질적 법체계 모델이나는 법실증주의 내지 자연법주의 관점과 연계되어 있다. 법실증주의 학자들은 ‘형식적 법체계’ 모델을 주장하였고, 형식주의 법체계는 ‘사회적 사실’로서 확인되는 제정법, 판례, 관습법 등으로 구성되는 체계로, 즉, 가시적(可視的)인 법규칙의 총화로서 이해한다. 그에 반해 자연법주의 학자들은 ‘실질적 법체계’ 모델을 설명하였다. 형식적 법체계 모델을 주장한 대표적인 논자로는 Kelsen, Hart, Raz를 들 수 있으며, 실질적 법체계 모델을 주장한 대표적인 논자는 알렉시와 드워킨이 있다.

가시적인 규칙을 법체계로 구성 요소로 보는 ‘형식적 법체계’의 관점과는 달리, 도덕과 가치를 법체계의 내부 구성요소로서 보는 것은 ‘실질적 법체계’의 관점이다. 자연법주의, 혹은 비실증주의에서 이해하는 법의 개념과 법원의 기능은 법실증주의에서 이해하는 법의 개념 내지 법원의 수

---

49) Raz, J., The Concept of a Legal System, p.43

“이상적으로 볼 때, 법체계 이론들은 보다 일반적인 규범 이론의 한 부분으로서 바라보아야 한다. 하지만 지금과 같이 일반 이론이 혼란스러운 상태인 경우에는 법체계 이론을 따로 독자적으로 구분하여 보다 맹렬하게 탐구하는 것이 낫다. 하지만 일반적인 규범 이론에서 법체계 이론만을 따로 떼어내어 보는 것은 완전한 설명을 제공하지는 않는다. 일반 규범 이론에 기초하여 법학을 이해할 때 깊이 있는 사유가 가능하다.”

50) 안준홍, “형식적 법체계모델과 실질적 법체계모델”. 외법논집 제34권 제4호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2010

행 기능과 판이하다. 비실증주의는 법은 단순히 입법자의 명령, 실정법으로만 한정할 수 없으며 법의 내재적 가치, 다시 말하여 법과 도덕의 필연적 연계성을 주장한다. 이러한 비실증주의 관점에서 바라볼 때, 법원이 법규의 엄밀한 해석·적용 외에 보다 포괄적인 근거를 동원하여 법적 결정을 산출하는 것은, 우리의 이성을 통해 보다 완성된 형태의 자연법을 ‘발견’하고 확인하는 작업이다.

〈표 2-1: 실질적 법체계 對 형식적 법체계〉

실질적 법체계	형식적 법체계
비실증주의	법실증주의
드워킨, 알렉시	켈젠, 하트, 라즈, 토이프너

독일 법원의 경우 Soraya 판결 등 “법(Recht)”과 “법률(Gesetz)”을 구분하는 태도는 자주 관찰된다. “법에 있어서 실정법을 넘어서는 무엇(ein Mehr an Recht)”과 같은 표현은 이를 명확하게 전달한다.

“권력분립 및 법치국가의 핵심적 요소로서 ‘법관은 법률에 따라서 재판하여야 한다’는 전통적인 법률기속원칙은 독일 입헌민주주의 법체계에서는 ‘법원의 판결은 법과 법률에 구속된다(독일 헌법 제20조3항)’으로 변형되었다. 이는 [독일 법체계가] 협소한 법률 실증주의적 입장을 거부하고 있음을 나타낸다. ‘법과 법률’이라는 표현은 실정법(Gesetz)과 법(Recht)이 실제에서는 대체로 서로 중첩되기는 하지만, 법이 실정법으로 환원될 수는 없다는 일반적인 인식을 보존하고 있다. 즉, 법은 실정법규들 총합 이상의 무엇을 포함하고 있다는 것이다. 국가가 제정한 실정법 이상의, (...) 의미 전체로서 입헌적 법질서 내에 그 근원을 두고 있는, 법에 있어서는 실정법을 넘어서는 무엇(ein Mehr an Recht)이 존재할 수 있고, 이것은 국가권력에 의해서 제정된 실정법규에 대해서 교정자로서의 역할을 한다. 법에 있어서 실정법 이상의 무엇’을 찾아내어 판결에

서 구체화하는 것이 바로 법원의 과제이다. (...) 다시 말하면 법원의 과제는 입헌적 법질서에 내재해 있지만, 실정법의 문언으로 표현되지 않고 있거나 불충분하게 표현된, 가치들 및 규범들을 (가치)평가적 활동을 통하여 (...) 분명하게 드러내어서 판결에서 구체화하는 것이다. 법원은 이때 자신의 개인적인 자의적인 견해로부터 벗어나서 합리적인 논증에 자신의 판결을 근거지어야 한다. (...) 법원의 결정은 실천이성의 기준과 사회에서 타당하다고 인정된 일반적 정의관념에 따라서 법률의 흠결을 보충하여야 한다는 것이다.

(Soraya 판결, BVerfGE 34, 269=NJW 1973, 1221)<sup>51)</sup>”

이와 비슷한 견지에서 Larenz와 Canaris는 권리능력 없는 사단에 관한 독일 연방대법원의 판결을 분석하면서 해당 판결을 두고, 법(Recht)과 법률(Gesetz)을 구분하여, 해당 판결이 ‘법률에 반하는 결정(contra legem)’이기는 하지만, ‘법에 반하는 결정(contra jus)’은 아니라고 평가하였다<sup>52)</sup>. 이는 법률(legal)과 법(jus)의 개념을 구분함으로써, 실정법을 넘어서는 ‘법’을 상정하고 있음을 보여준다. 라렌츠와 카나리스가 생각하는 ‘법’은 실정법에 가미하여 시대적 변화와 맥락적 합리성 등이 반영된 것이다<sup>53)</sup>. 우리나라 판례에서도 ‘입법정신’과 같은 표현을 통해서 실정법을

51) 김도균, “근대 법치주의의 사상적 기초: 권력제한, 권리보호, 민주주의 실현”, 법치주의의 기초: 역사와 이념, 서울대학교 출판부, 2006년, p.31에서 재인용

52) Larenz & Canaris, 법학방법론, pp. 312-314

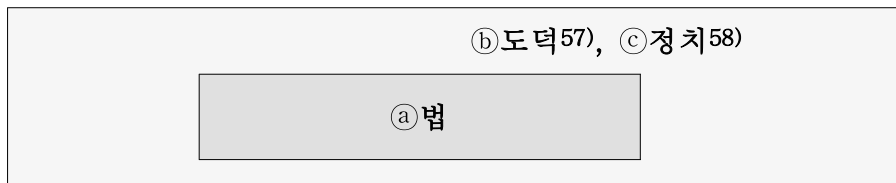
“독일연방법원의 판결은 아마도 그것이 법률의 문언이 아니라 의심할 여지없이 명백히 표현된 역사적인 입법자의 의도에 반하기 때문에 비판을 받는다. 판결은 다행히 이 점을 감추려고 하지 않았다. 입법자에 의해 의심할 여지없이 의도된 규율을 고려한다면 이 판결은 “법률에 반하는 결정(contra legem)”이기는 하다. 그러나 현재 법질서의 발전된 상태 그리고 사법과 또한 최소한 부분적인 영역에서의 적극적인 소송당사자 능력을 인정한 새로운 입법에 비추어 본다면 이 판결은 “법에 반하는 결정(contra ius)”은 아니다. 이 판결은 사실상 권리능력 없는 사단의 조합적인 구조라는 “사물의 본성”뿐만 아니라 불가피한 실무적 필요 그리고 특히 실체법에서의 실무와 이론에서의 권리능력 없는 사단의 오늘날의 취급을 고려한다. 그러므로 필자가 보기에 이 판결은 매우 자명한 것이고 그것도 사법에게 허용된 법률을 변경하는 법형성의 한계 내에 있는 것 같다.”

53) 이러한 관점이 보여주는 흥미로운 특징은, 법(jus)은 시대적 변화가 (이미) 반영되어 있는 개념이며 사회적 필요성이 투영된 동태적이고 가변적이라는 것이 전제되어 있다는 점이다.

넘어서는 법의 개념이 종종 관찰된다.<sup>54)</sup>

이에 반하여 법실증주의에서 설명하는 법은, 제정법, 판례법, 관습법의 법원(法源)으로 구성된다. 성문법과 판례법<sup>55)</sup>은 판단의 증거 혹은 제약 요인으로 작용한다. 선례 중심의 법 발견은 “대륙법계의 법률가에게는 법률이 행하는 버팀목의 역할을 영미법계에서는 동급의 또는 상급의 법원(상원, 상소법원)이 내린 과거의 판결이 수행”<sup>56)</sup>하는 모습을 보인다. 이에 비실증주의에서 설명하는 법은 실정법 외에도 도덕적 근본원리 등과 같은 내용들을 법으로서 인정하고 있다.

〈 그림 2-2 : 법과 도덕·정치의 관계 〉



실질적 법체계와 형식적 법체계 양자의 차이를 상기와 같은 도해를 통해 명확하게 식별할 수 있다. 형식적 법체계는 ①법과 ②정치 및 ③도덕의 경계를 엄격하게 구분한다. 하지만 실질적 법체계는 그 경계선이 명확하지 않은 경우가 많다. 실질적 법체계에서는 도덕적 판단과 정치적 지지가 법적 기준으로 표현되는 경우가 상당수 존재한다. 그러나 형식적 법체계는 ②정치와 ③도덕의 영역에 존재하는 판단의 잣대에 따라서 일정한 결론을 도출하는 경우, 법이 아닌 법외(法外) 자원이 활용되었다고

54) “입법정신을 해하지 않는 범위 내에서 합리적으로 해석한다(78도246 판결 다수의견 등).”

55) 판례를 법원(法源)으로 이해할 것인지, 법인식원(法認識源)으로 이해할 것인지에 관해서는 다각적인 논의가 전개되고 있으나 현실적 규범력이라는 측면에서 본 연구에서는 판례법을 법원(法源)으로 분류한다.

56) Karl Engisch 著, 안법영/윤재왕 譯(2011년), 법학방법론(Einführung in das uristische Denken), pp.308-309 : 앵기쉬는 여기에서 라트부르흐의 말을 인용하고 있다.

57) 개인적 차원의 가치, 판단의 기준과 정향(定向)을 의미한다.

58) 일정한 수준 이상의 공감대를 형성하고 사회적 지지를 얻은 경우를 의미한다.

평가한다. 만약, 그러한 기준이 법의 이름으로 불리기 위해서는, 먼저 ㉠의 영역, 다시 말해서 법의 범주 안으로 일정한 절차에 의해서 유입되고 공인되어야 한다.

법을 가시적으로 확인 가능한 사회적 실천, 즉 성문법·판례법·관습법으로 이해하는 법실증주의 입장에서 바라보는 법의 변화는, 문자 그대로 새로운 내용의 법이 법원의 결정에 의해 ‘유입’되는 것이다. 법원이 성문법의 상세부연과 단순적용을 뛰어넘는 결정을 산출하는 것을 비실증주의 입장에서는 볼 때에는 이성의 목소리를 따르는 것이지만, 법실증주의 관점에서는 일정한 권능을 수여받은 국가조직인 사법기관의 기능수행 내지 권한행사에 따라 판례법이 형성되는 것이다. 정치와 도덕의 영역에 있는 예비규범 자원이 법의 영역으로 넘어오는 과정에서 판례법은 많은 역할을 한다.

### 3. 경계선 : 법실증주의와 비실증주의

‘법체계(legal system)’라는 표현을 사용하면서 우리가 개념적으로 전제하는 것은 체계의 ‘내부’와 체계 ‘외부’의 개념이다. 즉, 법규범의 조직적 구성물인 법체계가 존재하는 경우, 해당 법체계는 주변 환경과 구별되어 존재한다. 특히 형식적 법체계의 경우 ‘법’과 ‘법이 아닌 것’을 엄격하게 구분함으로써 이러한 체계적 경계에 관한 구분이 두드러진다.

“법을 특수한 규범체계로 보면 법에 속하는 규범이 무엇인지, 그래서 법과 법 아닌 규범들 사이의 경계가 어디인지를 밝혀야 한다. 경계가 없다면 체계도 없기 때문이다.<sup>59)</sup>”

법체계의 내부와 외부라는 ‘경계’ 혹은 ‘영역’의 관념은 법체계의 개념에 수반되는 것이라고 할 수 있다.<sup>60)</sup> 다만, 형식적 법체계와 실질적 법체

59) 안준홍, “형식적 법체계 모델과 실질적 법체계 모델, 2010, p.276의 각주 4번

60) 안준홍, 전제서(주56), p.276의 각주 4

계는, 법체계의 내부와 외부의 영역을 이해함에 있어서 차이가 있다. 법체계의 내부와 외부를 나누는 경계선<sup>61)</sup>을 어디에서 긋느냐에 따라서 비실증주의와 법실증주의는 이해를 달리 한다.

비실증주의(자연법론)에서 바라보는 법체계는 도덕의 근본원리 및 사회적 정의관념이 법체계 내부에 존재한다. 그러나 법실증주의에 의하면 법체계 내부의 구성 요소들은 성문법, 판례법, 관습법이다. 따라서 비실증주의에서는 법체계 경계에서 내부로 상정하는 도덕적 가치나 형평과 정의의 관념은 법체계 외부에 존재하게 된다. 법실증주의는 성문법, 판례와 같은 우리 사회의 가시적(visible)인 법을 법체계를 구성하는 내용으로 보고, 가시적이지 않은 규범은 법체계 외부 영역으로 구분한다.

법실증주의 관점에서 법체계를 형식적인 법체계로 바라보고 있기 때문에, 본고는 법체계 ‘내부’와 ‘외부’라는 구분의 틀을 사용함에 있어서, 법체계 내부에는 실정법만을 규범자원으로 포함하는 것으로 전제한다<sup>62)</sup>.

이처럼 법체계의 내부와 외부를 구분하는 것은, 법적 논증을 살펴봄에 있어서 보다 체계적인 이해를 도모하기 위함이다. 법체계 내부와 외부를 구분함에 따라, 법적 논증 역시도, 실정법체계 내부의 규범자료만을 활용한 논증과, 법체계 외부의 예비규범 자원까지 논증에 함께 활용한 논증으로 살펴볼 수 있다. 논증에 활용되는 논거가 법체계 내부에 있는 것인지 아니면 외부에 있는 것인지에 따라 유형 구분을 시도할 수 있다.

법체계는 규범적 현존의 법적 안정성을 유지하고 있으나, 사회적 필요와 요청에 따라서 그 실질적 구성 내용이 변화하는 경우도 있다. 법률에 반하는 법형성 판결 등이 그러한 변화의 계기가 된다. 법해석 논증에 따

---

61) 형식적 법체계 이론 중 Hart와 Raz의 승인(recognition)을 통하여 법체계의 내외(内外) 경계가 간접적으로 드러나고 있다.

62) 다만 법체계의 경계 - 법의 영역 - 는 항상 고정불변의 것은 아니며, 시대와 사회 변천에 따라 가변적이다. 일례로, 종교적 규율이 법체계의 영역 내에 위치한 사회가 상당수 존재하였으나 근대 이후 대부분의 사회에서 종교적 규율은 법체계의 내부에 위치하지 않는다. 또한 그와 반대로, 인권존중 및 인종차별금지, 구휼을 위한 사회보장적 의무 등 법체계 외부의 도덕적 기준이 내부의 기준으로 편속되는 경우도 있다.



라서 결론이 도출되는 명백한 사안의 경우에는 법체계 경계 너머를 살필 필요가 없다. 하지만 논리연역적인 논증으로 답을 구할 수 없는 경우에는 적합한 결론을 도출하기 위하여 법체계 외부의 논거를 끌어오게 된다. 법관이 실정법체계의 내부 논거 외에 외부의 논거에 의거한 판단을 내리는 경우 법원리는 외부의 자원을 판단의 근거로서 활용 가능하게 하는 기능을 수행한다.

## 제2항 법의 개념

### 1. 법의 연원과 개념

논증에 동원되는 법의 연원(淵源), 법원(legal sources) 내지는 법적 판단의 기준이 무엇인가 하는 논의는 ‘법이 무엇인가’하는 질문과도 필연적으로 연계된다. 우리가 법을 파악할 때, 법(law)과 법이 아닌 것(non-law)의 구별이 중요하다. 이 둘의 구분이 무엇을 기준으로 하는 것인가를 따져보고, 법획득이 이루어지는 방식을 검토할 필요성이 있다. 예컨대, 법해석의 경계를 넘어서는 법형성 결정을 이해하고 어떻게 그를 수용할 것인지를 검토하기 위해서는, 우선 ‘법이 무엇’이며 ‘법은 어떻게 획득’되는가 라는 기초적 내용을 확인할 필요가 있다. 기초적 토대를 확인한 연후에 법형성 결정의 의의에 관하여 보다 정확하고 충실한 논의가 가능할 것이다.

사회학적 접근 방식을 통해서 법 개념을 이해하는 경우, 사회 안에는 공동체의 유지·운영을 가능하게 하는 수많은 규범이 존재하며, 그러한 여러 규범들 중 법이라는 범주로 묶이는 것들은, 해당 규범에 관한 준수 의무가 강제되고 일탈 시에는 불이익과 제재가 가해지는 경우이다. 베버(Weber)에 따르면, 법적 질서는 “특정한 명령을 준수하게 만들거나 질서 위반을 제재하기 위하여 물리적·심리적 강제 수단이 적용되리라는 것이

보장되어 있는 질서<sup>63)</sup>”이다. 법적 질서는 사회적 권위에 의하여, 즉 명령 권한과 복종의 의무에 의하여 구현된다.<sup>64)</sup> 즉, 법의 지배는 “어떤 명령에 따라서 사람들이 복종을 하는 개연성<sup>65)</sup>”이며, 이러한 특성이 사회의 제반 규범 중에서도 법규범을 구분하는 중요한 기준이 된다. 규범의 준수가 관철되는지, 즉 규범이 준수되지 않는 경우 ‘국가적으로 조직화된 강제<sup>66)</sup>’가 수반되는지가 법규범을 특징짓는 중요한 지표이다. 다만, 법이 여러 사회규범 중에서 법규범의 지위를 얻게 되는 과정은 단순한 강압에 의한 것이 아니라 행위주체, 사회 구성원들의 실천에 의하여 타당성을 가지는 경우가 많다. 특히 관습법은 사회 구성원들이 행하는 ‘실천적 타당성<sup>67)</sup>’에 따라서 법규범이 된다.

사회학적 관점에서 법(law)과 법이 아닌 것(non-law)의 구분이, 법규범과 결부된 이행의 강제력, 그리고 사회 구성원들의 규범 준수라는 참여 행위를 통해서 보증되는 실천적 타당성이라고 할 때, 법학에서 법(law)과 법이 아닌 것(non-law)의 구분을 위하여 방점을 찍는 내용은 다른 곳에 위치한다. 즉, “악법은 법인가?”라는 오래된 질문과 결부된 법과 도덕 가치의 연관성에 관한 것이다. 법과 도덕의 관계를 묻는 이 질문에

63) Max Weber, *Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology*, 1968, p.34

64) 베버는 지배를 두 가지 유형으로 구분하여, 이해관계에 바탕을 둔 지배와, 권위(명령권한과 복종의 의무)에 바탕을 둔 지배로 나누었다.

65) Max Weber, *전개서*(주 60), p.53

66) Robert Alexy 著, 이준일 譯, *법의 개념과 효력*, pp.122-124

“규범은 준수될 때 또는 준수되지 않은 경우에 제재가 가해질 때 사회적으로 효력을 갖는다. (...) 사회적 효력 개념의 문제를 설명하는 것은 법사회학의 영역에서 이루어진다. 효과성에 대한 연구라는 경험적 문제 제기는 구체화를 반드시 필요로 한다. 여기서는 세 가지 통찰로 충분하다. 첫째로, 사회적 효력이란 정도의 문제라는 점이다. 둘째로, 사회적 효력이란 준수와 비준수에 대한 제재라는 두 개의 기준에 따라 인식될 수 있다는 점이다. 셋째로, 법규범의 비준수에 대한 제재는 물리적 강제의 행사를 포함하고, 발전된 법체계에서 그러한 강제란 국가적으로 조직화된 강제를 말한다는 점이다.”

67) Max Weber, *전개서*(주 45), p.323

“특정 행위를 지속적으로 반복한 결과, 사람들은 해당 규범을 바라볼 때 그것이 더 이상, 단지 관습이나 인습이 아니라 강제를 요구하는 법적 의무라는 생각을 할 수 있다. 이렇게 실천적 타당성을 가지게 되는 규범은 관습법이라고 불린다.”

어떠한 답을 제시하느냐가 비실증주의자와 법실증주의자를 구분하는 분기점이 된다.

자연법론자들의 법과 도덕이 ‘결합’을 주장하는 반면, 법실증주의자들은 법과 도덕의 ‘분리’를 주장한다. 법실증주의자들이 법의 개념적 구성요소로서 법으로서의 권위와 실효성을 강조하고 사회적 실행으로서의 법개념을 주장하는 반면, 자연법론자들은 법을 “공동선을 목적으로 하는 이성적 규범<sup>68)</sup>”으로 이해하며 법의 내용적 도덕성을 법과 법이 아닌 것을 구분하는 개념적 표지로서 강조한다.

## 2. 이성과 법

비실증주의, 즉 자연법이론은 법의 ‘이성’적 측면을 강조하였으며, 인간의 선형적 이성이 세상의 섭리를 이해하여 그것을 규범적으로 발현한 것이 자연법이라는 입장을 견지하여 왔다<sup>69)</sup>. 자연법의 ‘자연’은 인간의 본유적 ‘이성’을 강조하는 의미이며, 법은 인간에게 당연한 ‘규범적 이성’이다. 자연법은 “우주의 본질에 근거하고 이성에 의해 인식될 수 있는 어떤 객관적 규범원리<sup>70)</sup>”이다. 자연법이론을 대표하는 아퀴나스는, “진정한 법은 자연(自然)과 합치하는 올바른 이성이다. 그것은 보편적으로 적용되고, 변할 일 없이 영원히 계속된다. (...) 하나의 영원불변한 법이 모든 나라, 모든 시대에 타당”하다고 하면서, 자연법사상의 고전적 원류를 집약적으로 보여준다. 실정법은 자연법의 원리들로부터 도출된 것이므로

---

68) 박은정, 자연법의 문제들, p.124

69) 박은정, 자연법의 문제들, 2007, p.256

“자연법론자들은 인간의 본성에서 결정적인 요소는 이성일 수밖에 없다고 보았다. ‘인간에 의한 제정’이라는 실정법의 법으로서의 성격이 입법에 있어서의 ‘의지’라는 요소와 ‘강제력’의 요소에 있다면 자연법의 법으로서의 속성은 ‘이성’에 놓이는 것이다.”

70) 박은정, 자연법의 문제들, 2007, p.1

“만약 입법자에 의해서 제정된 실정법의 내용이 이에 합당하면 정당하다고 생각하고 또 승인하지만, 실정법이 이 법이념에 합치하지 않으면 부당하며 그래서 비판을 받아 마땅하다고 생각할 뿐 아니라 심지어는 저항의 대상이 된다고 보았던 것이다. (...) 그것은 우주의 본질에 근거하고 이성에 의해 인식될 수 있는 어떤 객관적 규범원리가 있다는 데 대한 줄기찬 주장이었다.”

상위의 자연법에 위배되는 실정법은 그 법규성이 당연히 부인되는 결과를 낳는다.

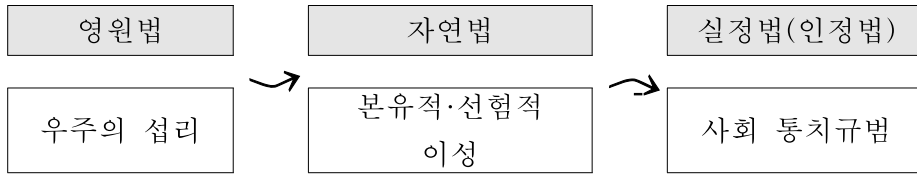
“아퀴나스는 고대 로마법학과 스토아학파의 자연법론을 계승하여 법이 위계 질서를 영구법(*lex aeterna*), 자연법(*lex naturalis*), 인정법(*lex humana*), 신성법 또는 성경법(*lex divina*)의 네 유형으로 분류한다. 영구법은 기타의 세 유형의 법들의 바탕을 이루며, 우주의 지배자로서의 신이 인식하고 계획하고 명하는 것을 내용으로 한다. 물리적 법칙과 도덕원리들 모두가 영구법에 포함되는데, 인간은 그 내용을 불완전하게 인식할 뿐이며 불완전하게 인식한 내용조차 여전히 불확실할 뿐이다. 모든 종류의 합리적 법이나 원리들은 모두 이 영구법에서 연원한다. (...) 인정법은 입법자가 인간사회의 조직과 통치를 위하여 고안하여 제정한 법이며, 자연법의 원리들로부터 도출된 것이며 자연법에 의존한다. 신성한 법은 영구법이 기독교의 성경에 명시적으로 표현되어 나타난 도덕규범들과 법규범들로서 인간생활에 필수불가결한 기준으로서 인간의 생존과 행위의 구체적 내용들을 제시하고 있는 규범들이다.”<sup>71)</sup>

객관적 이성을 강조하는 아리스토텔레스가 「법률」에서 말하는 법(*nomos*)은, ‘현실 속에 존재하는 이성(*logos in reality*)’으로서 정치공동체를 다스리는 비인격화된 합리적 권력이다. 자연법론자들은 자연의 객관적 질서를 무시하고 멋대로 하지 않는다는 법의 ‘자연적 비자의성(非恣意性)’을 강조한다. “부정의한 법은 실제로는 법이 아니다(*lex injusta non est les*)”라고 주장한 아우구스티누스(*Augustinus*)부터 시작하여 ‘법률적 불법’을 말한 라트부르흐, 모든 문제에는 정답(*the right answer*)이 있다고 생각한 드워킨(*Dworkin*)에 이르기까지 일군의 법학자들은 자연법을 지지한다.

---

71) 김도균, “근대 법치주의의 사상적 기초: 권력제한, 권리보호, 민주주의 실현”, 법치주의의 기초: 역사와 이념, 서울대학교 출판부, 2006년, pp. 63-64

〈 그림 2-3 : 자연법이론의 법 개념 위계 〉



자연법론에서 ‘악법은 법인가’라는 질문에 답할 때, 인간의 본성과 우주의 근본 섭리를 거스르는 ‘악법은 법이 아니다’. 자연법의 제1원리이자 근간은 보편타당한 “선을 행하고 악을 피하라”라는 가르침이기 때문이다.

악법은 법이 아니라는 자연법의 논리는 나치 시대의 국적박탈을 무효화하는 독일 연방재판소 1968년 판결에서 두드러지게 관찰된다. 해당 판결에서 독일 법원은 제3제국의 법을 ‘가치 방임적 법률실증주의’라는 언표를 통해 개탄하고 비판한다. 이는 법은 가치를 ‘방임’해서는 안 된다는 것, 다시 말하면 특정한 가치 영역을 반드시 고수해야 한다는 것이 당연히 전제되어 있다. 제3제국의 법은 악법이기 때문에 실상 법이 아니며, 따라서 ‘법이 아닌’ 제3제국의 법률에 의거한 국적박탈은 무효라는 논리에 따라서 판결이 산출된다.

〈독일 연방재판소 국적판결 : ‘법률적 불법’〉

“법과 정의는 입법자가 마음대로 할 수 있는 것이 아니다. ‘헌법 제정자가 모든 것을 자신의 의지에 따라 규율할 수 있다는 생각은 법학과 법실무계에서 오래 전에 극복된 가치 방임적 법률실증주의의 정신 태도로 후퇴하는 것을 의미한다. 다름 아닌 독일 나치정권 시대에는 입법자가 불법도 제정할 수 있다는 교훈을 가르치고 있다”

[연방헌법재판소 판례집 BVerfGE 3, 225(232)]<sup>72)</sup>.

독일 연방재판소가 상기 판결에서 드러낸 바와 같이, ‘악법은 법이 아

72) 로버트 알렉시 著, 이준일 譯, 법의 개념과 효력, 2007, p.17에서 인용

니다'라는 판단의 전제는 자연법은 실정법의 상위 규범이라는 것이다. 상위규범(자연법)에 위배되는 하위규범(악한 실정법)은 질서의 위계에 따라 규범적 효력을 상실한다. 자연법은 “선(先)실정적이고 초(超)실정적인 법이념으로서 법의 윤리적 척도”로서 “실정법에 대한 척도이념”이기 때문에 자연법은 실정법보다 효력상 우위에 놓인다.<sup>73)</sup>

자연법이론은 어떤 법이 정의에 위배되면 법으로서의 효력을 박탈하여야 한다는 입장이다<sup>74)</sup>. 실정법은 자연법에 복속된다고 하는 자연법 이론에 따르면 그 답은 간명하다. 악법은 실정법의 존립 근거인 상위규범, 즉 자연법에 위배되었기 때문에 악법이다. 선(善)을 추구하지 않는 악법(惡法)은 자연법의 도덕적 근본원리에 반하고, 실정법이 기원하는 시원적(始原的) 질서를 위배한다는 논리이다.

### 3. 의지와 법

자연법주의자들에게 있어서 자연법은 실정법의 상위개념이다. 그에 반하여 법실증주의는 사회적 실행과 공식적 권위를 강조한다. 법실증주의 입장에서 ‘악법이 법인가’라는 질문에 답을 하자면, 해당 법이 권위에 따라 성립하고 사회적 실행이 보증된다면 ‘악법도 법이다’이다. 법실증주의자들은 법의 개념적 구성 요소를 정의함에 있어서 ‘사회적 사실’로서 확인 가능한 것이 법이라고 이해하며 가시적 측면에 보다 중점을 둔다.

법실증주의의 특징은 현실에 존재하는 법에 관심을 기울이고, 그러한 관심이 도덕적으로 중립적(neutral)이라는 점이다. 현실에서 유효하게 존재하고 통용되는 법은 우리가 그 내용에 대해서 얼마든지 자유롭게 비판할 수 있더라도 엄연히 법으로 존재한다는 것이다. 즉 법실증주의(legal positivism)는 “가치관이 서로 다른 사람들이 사회적으로 상호 작용하는

---

73) 박은정, 자연법의 문제들, 세창출판사, 2007, p.2

74) 박은정, 자연법의 문제들, 세창출판사, 2007, p.62

“입법자도 불법을 제정할 수 있다는 것이 확인되었을 때 법관은 명확하게 정의의 기본원리에 반하는 그 법령에 대해 법효력을 박탈할 수 있다.”

공공영역을 규율하는 규칙에 관해서는, 개개인의 실천적 가치 판단을 차단할 힘을 실정법에 인정하고, 나아가 무엇이 그런 실정법에 해당하는가의 인정 기준을, 실질적인 도덕상의 판단과 독립해서 설정<sup>75)</sup>”한다는 것이다.

법 규범의 효력은 사회 수범자들에 대한 ‘구속력’이 있음을 의미한다. 법은 사회적 실행(實行)이 보증된 규범이다. 어떠한 규범이 실효성이 없는 경우, 법의 형식적 언어로 박제된 이상에 지나지 않는다.

어떤 규범이 효력을 가진다는 말은 무엇을 의미하는가? 이에 대해 학자들은 동일한 입장을 취한다. Kelsen에 의하면 “인간의 행위와 관련된 어떤 규범이 효력이 있다는 말은 그 규범이 구속력(binding)이 있다는 것, 즉 인간이 그 규범에 정해진 방식대로 행동해야 한다는 것을 의미한다”라고 한다.<sup>76)</sup>

따라서 법실증주의에서 바라보는 법은 유형적으로 확인 가능하고 사회 내에서 강제력을 가진 규범이다. 법실증주의자들은 법적 판단의 근거가 되는 법원(法源)의 종류를 성문법, 관습법, 판례<sup>77)</sup>로 정리한다. 법은 사회적 사실에 토대를 두고 있으며, 법의 규범적 효력을 인정하는 근거는 실제적 관행 내지 사회적 실천에 있기 때문이다.

대표적인 법실증주의자인 켈젠(Kelsen)은 법의 본질적 징표로 ‘강제성’을 강조하면서 윤리적 가치와 법을 구분한다. 켈젠이 자연법을 비판하는 주된 이유는, 자연법 이론들은 당위로부터 존재를 도출하는 오류를 저지르고 있으며 자연법 이론들은 플라톤(Platon)의 이원론적 형이상학을 전

---

75) 조홍식(2007), 법에서의 가치와 가치판단: 원고적격의 규범학, p.163

76) 최봉철(2011), “법의 효력 : 요건과 효과를 중심으로”, p. 58

77) 이에 대하여 성문법과 독립한 판례법의 존재를 상정할 필요가 없다는 견해도 있다. 단적으로 밀러는 법원의 판결은 문제사안에 직면하여 법문을 구체화하는 과정이며 다시 말하여 법의 내용형성 과정(밀러, 법관법, 홍성방 번역, p.185, 2014)으로서 (...) 조항과 독립한 법관법을 생각할 수 없다. 법관의 결정은 판례법이 존재하기 때문에 효력이 있는 것이 아니라, 제정법 조항에서 법리의 힘이 비롯된다고 한다.(밀러, 전개서, p.130)

또한 에쎄(Esser)는 판례는 그 자체로는 법원은 아니지만, 법을 인식하는 매개 자료로서 작용하는 ‘법인식원’이라고 주장한다.

제로 하여 현실과 유리되어 있기 때문이라는 것이다. 켈젠은 자연법은 ‘주관적 이해의 객관화’라는 환상에 사로잡혀 있으며 자연법 이론가들이 주장하는 여러 입장은 객관적으로 확인하기 어려운 비과학적인 논변이라고 비판한다. 켈젠은 법이론이 가치로부터 해방되어야 한다고 말하면서 법의 규범성과 법의 도덕적 가치는 별개라고 주장한다. 법실증주의자들은 법이 언제나 그 자체의 내재적 가치(intrinsic value)를 내포하고 있는냐를 두고 그렇지 않다는 답을 낸다. 이는 ‘도덕’ 개념의 모호성 또는 막연함이 그 이유이다. 칸트가 주장한 ‘선형적’ 이성 역시 이론적으로는 상정 가능하나 현실적으로 증명하기 어려운 개념이다. 실정법에서 자유로운 자연법을 뚜렷하게 상정하기는 어렵다.

“홉스에게서 자연법은 부정의한 법을 판단하는, 즉 법의 자격을 박탈하는 실질적 기준을 제공하지 않는다. 홉스에게서 자연법은 더 이상 무엇이 법인지 아닌지를 판별하는 도덕적 기준을 제공하는 실질적 내용을 가진 상위의 법, 이성의 법이 아닌 것이다. (...) 따라서 제정법은 인간의 행위를 명확하게 지도하게끔 규정되고 공포되어야 하지, 구체적 상황에서 해석되어야만 확정적인 내용을 가지게 될 애매한 원리들로 남겨져서는 안 된다. 홉스는 이처럼 법적 추론(legal reasoning)은 제정법규에서 시작하므로 제정법규들은 법학의 근본 단위를 이룬다고 역설한다. 바로 이 근본 단위들이 입법자에 의해서 확정되므로 입법자의 입법행위는 이성의 구현이라는 것이다.

다른 말로 표현하자면, 합법성으로부터 정당성이 도출된다는 것이다. 홉스에 따르면, 정당함과 부정의함, 올바른 행위와 그렇지 않은 행위는 주권자가 제정한 실정법에 의해서 비로소 결정되고 구성된다. 자기 자신의 이익을 극대화하려는 개인들로 이루어진 상태에서, 각자가 자신의 이익을 극대화할 수 있는 자유권만이 인정되는 상황에서 각자의 자유가 최대한 같은 정도로 동시에 공존할 수 있으려면 실정법이 필요하다. (...) 이와 같은 발상은 전통적인 인습적 가치체계로부터 분리된 개인들의 상호 공존과 행위조정을 보장하는 법의 기능에서 논리적으로, 규범적으로 도출되는 것이다. 정의가 실정법의 토대가 아니라, 실정법이 정의의 토대가 된다는 것이다. 정의가 실정법보다 논리적으로 먼저 있는 것이 아니라 실정법이 정의보다 논리적으로 선



행한다는 것이 흄스의 법치 패러다임이라고 요약할 수 있다.<sup>78)</sup>”

하지만 법과 도덕의 관계가 전혀 별개의 것은 아니다. 법이 법으로서 성립하고 효력을 인정받는 것은 도덕적 타당성에 관한 사회적 지지가 있기 때문이다<sup>79)</sup>. 법실증주의에서 말하는 법의 배경에도 도덕과 가치는 존재한다. 도덕명제와 법명제는 ‘연관’을 가지고 있다.

“약한 연관성 이론에 따르면 법은 어떤 것이 되었든 하나의 도덕과 필수적으로 연관성을 갖는다. 강한 연관성 이론에 따르면 법은 정당한 도덕과 필수적 연관성을 갖는다. (...) 따라서 문제가 되는 것은 법체계 안에 원칙이 반드시 존재함으로써 법은 어떤 것이 되었든 하나의 도덕과 필수적으로 연관성을 갖게 된다는 명제다. 이러한 명제를 ‘도덕명제’라고 부를 것이다.

이러한 도덕명제가 타당하려면 정당성의 효력 주장을 만족시키기 위해서 불확실한 사안에서 고려되어야만 하는 원칙들이 어떤 것이 됐든 도덕에 속하는 원칙이 되어야 한다. 원칙이 항상 어떤 것이 됐든 도덕에 속한다는 말은 맞다. 불확실한 사안에서 문제가 되는 것은 실천적 물음에 대한 답변을 선제하는 권위 있는 근거에서 당연히 얻을 수는 없다는 데 있다. 법의 영역에서 어떤 실천적 물음을 해결한다는 것은 무엇이 당위적으로 요구되는지를 답변하는 것을 뜻한다. 무엇이 당위적으로 요구되는지에 대하여 권위 있는 결정에 근거해서만은 답변할 수 없지만 어쨌든 답변하려고 한다면 정당성의 효력 주장을 만족시키기 위해서는 문제가 될 만한 모든 원칙들을 고려해야만 한다. 그러나 실천적 물음에 대한 해결을 위해서 문제가 될 만한 원칙들이란 항상 어떤 것이 됐든 도덕에 속하는 원칙이다. (...) 여기서 중요한 것은 다만 이런 원칙들이 모두 항상 동시에 옳든 옳지 아니하든 어떤 도덕의 원칙이라는 점뿐이다.<sup>80)</sup>“

이처럼 법실증주의에서도 법과 도덕의 관련성에 유의하나 도덕 그 자

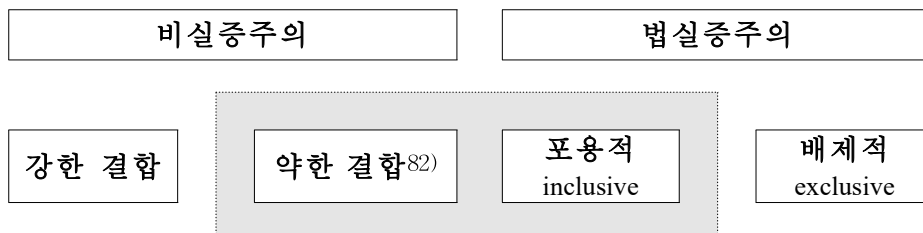
78) 김도균(2006), “근대 법치주의의 사상적 기초: 권력제한, 권리보호, 민주주의 실현”, 법치주의의 기초: 역사와 이념, 서울대학교 출판부, pp.100-101

79) 김성룡, 법적논증론 : 발전사와 유형, pp.239-240

80) 로버트 알렉시 著, 이준일 譯, 법의 개념과 효력, 2007, pp.112-113

체가 법으로서 바로 인정되거나 통용될 수는 없다고 본다. 법실증주의는 도덕적 가치와의 결부 문제에 있어서 도덕적 기준을 법의 일부로서 수용하는 것이 가능하다는 포용적 실증주의(inclusive legal positivism)와 그를 부정하면서 도덕적 기준에 대한 존중이라는 사회적 관행만이 법이라는 배제적(exclusive)<sup>81)</sup> 실증주의로 구분된다.

〈표 2-4 : 법과 도덕의 관계, 비실증주의 對 법실증주의〉



법실증주의는 명문의 규정과 실무 관행(practice), 시간이 만든 관례(mores of time)와 사회적 권위가 있는 기구(authorities)의 결정을 중시한다. 법실증주의가 법과 도덕의 ‘분리’를 주장하기는 하지만, 사회적 가치와 도덕에 대한 ‘무관심’ 혹은 법과 도덕과의 완벽한 ‘절연’을 내용으로 하는 것은 아니다<sup>83)</sup>.

81) 원어의 느낌을 충실히 전달하는 번역어로는 ‘배제적’이라는 표현보다는 오히려 ‘순전한, 온전한’이라는 표현이 더욱 적합하지 않을까 하는 것이 사견이다. 원어의 맥락과 용례 등을 고려할 때, ‘배제적’이라는 단어에서 자동적으로 연상되는 ‘배타성’보다 ‘순전하게, 철저하게’라는 표현이 더욱 충실한 번역어가 아닐까 한다. 하지만 학계에서 배제적 실증주의라는 표현이 일관되게 정립된 언어로서 사용되기에 본 연구 역시 배제적 실증주의라는 표현을 활용한다.

82) ‘약한 결합’의 의미는 다음과 같이 정의된다.

: “라드부르흐 공식은 명시적으로 “제정과 권력을 통해서 보장된 실정법은 그것이 내용적으로 부정의하고 비합목적적일 경우에도 우선된다”고 주장한다. 그 공식에 따르면 법적 성격이 상실되는 것은 법과 도덕 사이의 모순이 “참을 수 없을” 정도, 즉 극단적인 정도에 이르렀을 때이다. 이것을 ‘약한 결합 이론’이라고 부를 수 있다. 약한 결합 이론은 법과 도덕을 동일시하는 결론에 이르지 않는다. 그 이론에 따르면 부정의하고, 따라서 비도덕적인 규범도 법이 될 수 있다. 이로써 그 이론은 법실증주의처럼 법에 대한 도덕적 비판을 허용하고, 그런 한에서 법실증주의처럼 비판적 태도를 가능하게 한다. 양자의 차이는 단지 일정한 경계를 넘는 경우에 법적 성격을 상실한다고 하는 데 있다. (로버트 알렉시 법의 개념과 효력, 2007, p.72)

83) Coleman(2001)은 사회적 사실 테제와 연결시켜서, 배제적 법실증주의, 드워킨의

다만, 특정 법률에 대한 도덕적 비판과 그 법률의 법규성을 구분한다. 법실증주의 입장에서 어떠한 법이 악법이라는 비판을 받더라도 여전히 사회적 실행으로서 확인된다면 ‘악법도 법이다’라는 답변이 도출된다. 이러한 법실증주의의 장점은 개념적 명료성과 확실성이다. 비실증주의 입장에 서 있는 알렉시(Alexy) 역시 “도덕적 요소를 포함시키는 것을 모두 포기하는 실증주의적 법 개념은 도덕적 요소를 포함시키는 법 개념보다 더 단순하고 어쨌든 그런 한에서 더욱 명료하다.<sup>84)</sup>”라고 하면서 법실증주의의 개념적 장점을 인정하였다.

법과 도덕적 가치의 ‘분리’인가, 법과 도덕적 가치의 ‘결합’인가에 따라서 양대 이론의 분기점이 생기지만, 자연법론과 법실증주의의 논의가 판단에 영향을 미치는 요소는 다양하다. 하지만 그 중 ‘법적 근거’에서 판단이 도출되는 경우는 명확하게 한정되며, ‘사회적 사실’로서 법을 이해할 필요가 있다.

#### 4. 의지적 요소의 구분

법실증주의와 비실증주의가 보여주는 사고의 차이는 오랜 이념적 계보를 가진다. 자연법이론이 법의 본질로서 인간의 이성을 강조하는 반면<sup>85)</sup>, 자연법을 비판하는 입장에서는 법을 법으로서 만드는 인간의 의지,

---

입장, 그리고 포용적 법실증주의를 다음과 같이 정식화하기도 한다. (Jules L. Coleman, “Beyond Inclusive Legal Positivism”, p. 384, 2001)

- ① [배제적 법실증주의] “필연적으로, 법의 내용의 결정요소는 사회적 사실이다.(Necessarily social facts are determinants of legal content.)”
- ② [드위킨] “필연적으로, 법의 내용의 결정요소는 사회적 사실과 도덕적 사실이다.(Necessarily social facts and moral facts are determinants of legal content)”
- ③ [포용적 법실증주의] “필연적으로, 사회적 사실이 법의 내용의 결정요소를 결정한다.(Necessarily social facts determine the determinants of legal content)”

84) 로버트 알렉시 著, 이준일 譯, 법의 개념과 효력, 2007, p.65

85) 박은정, 자연법의 문제들, p.256

“자연법전통의 주류역사에서 자연개념은 그 엄청난 다양성에도 불구하고, 우선적으로 인간의 본성으로부터 규정되어 왔다. 즉 자연법론은 정의로운 법을 인간의 본성에서 연역하려는 이론이었다. 올바른 인간의 행위를 지시하는 규범원리가 있다면 이는 인간의 본성에 관한 내재적 진리와 논리적으로 연관될 수밖에 없다고 본 것이다. 자연

즉 입법권자의 의지와 결단을 중요시한다. 법을 법으로 만드는 것이 진리라고 보면서 인간의 ‘이성’을 강조하는 주지주의는 비실증주의와, 법을 형성하는 주권자의 의사, 즉 인간의 ‘의지’를 강조하는 유의주의는 법실증주의와 연관된다. 즉, 법규범을 대하는 태도에서 주지주의와 유의주의는 수동성의 정도 내지는 적극성의 정도와 관련된다. 주지주의에서 인간의 이성적 노력으로 진리를 탐색하고 발견하면서 법의 내용이 밝혀진다면, 유의주의는 인간의 의지와 노력으로 법의 내용을 ‘주조’할 수 있다고 본다.

법실증주의는 법을 이해함에 있어 ‘이성’보다 주권자의 ‘의지’에 방점을 찍는다. 예컨대, 홉스(Hobbes)는 사회의 권위가 법을 법으로 만든다고 주장하였다.<sup>86)</sup> 홉스는 ①법의 의미 불확정성과 ②적용상황 불확정성, ③인간의 이기성을 이유로 법은 갈등상황을 적절하게 해결하지 못하며, 따라서 최종적 권위는 법이 아니라 법을 해석하는 권위를 가진 자라고 한다<sup>87)</sup>. 의지적 ‘선택’으로서의 법적 결정은 사회적 ‘권위’에 의하여 가능하다. 이러한 경우, ‘법은 왜 법인가?’라는 질문에 답하면, “진리(眞理)가 아니라 권위(權威)가 법을 만드는” 것이다.

“조정문제 상황에서는 “누구도 무엇이 옳은가를 확인할 수 없”는 경우라고 하는 ‘상황’의 특수성이 “어떤 자가 무엇이 법이어야 하는가를 확정하지 않으면 안” 되도록 만든다. ... 따라서 이러한 실천적 판단의 영역에서의 권위는 조정문제 상황을 해결함에 있어 다른 구성원보다 “더 나은 위치에 있는 (better situated)” 사람에게 주어져야 한다. 그리하여 유효적절한 지위에 있

---

법론자들은 인간의 본성에서 결정적인 요소는 이성일 수밖에 없다고 보았다. ‘인간에 의한 제정’이라는 실정법의 법으로서의 성격이 입법에 있어서의 ‘의지’라는 요소와 ‘강제력의 요소’에 있다면 자연법의 법으로서의 속성은 ‘이성’에 놓이는 것이다. 인간본성으로서의 이 이성은 무엇인 선하고 무엇인 악한 것인가를 구별할 수 있고 인간에게 선을 따르도록 명하는 기능을 부여받는다.”

86) Hobbes, Leviathan, “법을 만드는 것은 지혜가 아니라 권위이다(it is not wisdom, but authority that makes law).”

87) 홉스는 이러한 이유로 법치의 문제점을 지적하면서, 국가권력이 인간의 의지에 부여되어 있는 인치(人治)가 타당함을 주장한다.

는 국가가 일단 조정문제 해결을 위한 지시를 내리면, 그 지시에 따름으로써 사람들은 사회전체에 있어서 최선의 해결을 얻는 것을 예상할 수 있다. 이 같은 예상은 다시 사람들로 하여금 국가의 지시에 대한 복종을 재촉할 것이고, 이는 가일층 조정문제의 해결을 용이하게 한다. 요컨대 조정문제에서는 “진리가 아니라 권위가 법을 만”드는 것이다.”<sup>88)</sup>

이에 반하여, 유의주의자의 대표자인 홉스는 법의 ‘효력’과 법의 ‘기능’을 중심으로 법의 본질 내지는 실체를 바라보았다. 법의 결단적 속성을 강조한 홉스에게, ‘무엇이 법인가’를 결정하는 것은 인간의 의지인 주권적 권력이다.

“홉스의 출발 전제는 무엇이 법인지를 결정하고, 법을 폐기하고 개정하는 것은 자신의 의지를 표현함으로써 명령하는 주권자(최고통치권자)라는 것이다. 즉, 인간 또는 집단의 의지가 법을 만들지 ‘근본규범(Grundnorm)’ 또는 ‘승인율(the rule of recognition)’과 같은 규칙일 수가 없다는 주장일 것이다. 홉스는 모든 정치적 공동체가 국가로서 인식되려면 인간의 의지에 기반을 두어야 한다는 전제 위에서, 주권은 자신 이외에는 그 어떤 권위에도 복속하지 않는 권위이기 때문에, 주권은 (헌)법에 의해서 제한될 수 없다는 것(legal illimitability), 주권은 분할될 수 없다는 것(indivisibility)을 강조한다. 따라서 피치자와 통치자 사이에 헌법 계약과 같은 형식으로 확정된 규칙(법)에 바탕을 두는 통치구조란 논리적으로 불가능하다.”<sup>89)</sup>

‘주권에 기한 명령이 곧 법(commands of a sovereign are law)’이라는 오스틴(Austin)의 주장은 홉스와 같은 맥락에서 유의주의 입장을 대변한다. 홉스와 하트는 법실증주의자라는 점에서 같은 입장에 있으나, 무엇이 법을 법으로 만드느냐에 있어서는 상당한 차이를 보인다. 홉스에게 있어

---

88) 조홍식, “사법통치의 정당성과 한계”, pp.37-38

89) 김도균, “근대 법치주의의 사상적 기초: 권력제한, 권리보호, 민주주의 실현”, 법치주의의 기초: 역사와 이념, 서울대학교 출판부, 2006년, p.102

서 주권자의 의지로 승인된 것은 법이다. 하지만 하트에게 있어서는 승인이 그러한 인적(人的) 측면에 한정되지 않는다. 하트가 말하는 승인(承認)은 권위자(혹은 권위기구)의 승인이라는 점 외에도, 논리적 차원에서 승인이 중요한 축을 이루고 있다. 사회에서 효력이 인정되는 법규범으로 인정받기 위해서는 승인율(rule of recognition)에 따라서 일차적 규범의 지위를 인정받아야 한다. 이러한 승인을 좌우하는 이차적 규범의 존재는 승인을 단순한 주권자의 의지로만 이해하는 것이 부족하다는 것을 일깨워준다.

이성을 통해서 법규범을 현출하는 주지주의적 사고와 달리, 인간의 의지를 강조하는 유의주의적 사고는 정책적 사고와 친연(親緣) 관계에 있다. ‘의지’는 결단, 그리고 선택을 뜻하고 이는 현실에 가장 적합하게 대처하기 위한 대안의 선택이자 사회적 결단으로서의 정책을 설명하기에 적합하다. 법이 ‘의지’의 산물로서 만들어진 합목적적인 규범이라면 이는 법의 성격이 ‘문제의 인식과 그에 대한 적합한 처방’이라는 정책적 사고에서 비롯한 것임을 뜻한다. 더욱이 과거와 비교하여 동태성이 더욱 두드러지는 현대 사회에서 법을 이해함에 있어서 정책적 사고, 유의주의적 사고의 필요성은 더욱 높아진다.<sup>90)</sup> 정책적 사고와 법을 연계하는 것에 불편함을 제기하는 경우도 많다. 하지만 법이 보편성을 추구해야 함은 재론의 여지가 없으나, 그렇다고 하여 법이 보편적 정답(正答)이 아니다.

90) 최송화, 법과 정책에 관한 연구, p.86

“이와 같이 오늘의 사회를 동태적인 사회로 이해하고 법규범의 기능을 국가·사회의 통합적인 것으로 파악할 때 강조되는 것은 바로 유의주의적 입장이라고 할 수 있다. 정태적인 사회에서라면 마땅히 기존의 당위적 내지 규범적 소여를 중시하는 주지주의적 경향의 법학이 요구되었지만 동태적인 통합과정이 중시되는 사회에 있어서는 끊임 없는 새로운 가치체계의 규범적 정립의 측면이 강조되고 따라서 유의주의적, 주지주의적 두 경향 중에서는 유의주의적 측면이 상대적으로 각광을 받게 되는 것이다.”

### 제3항 법과 가치 연관

#### 1. 가치의 통약불가능성, 각자의 정의

“악법은 법인가?”라는 질문에 답하기 위해서는, 두 가지 질문에 대한 판단이 선행되어야 한다. 어떤 법률을 두고, ①“이 법은 악법인가?”라는 질문에 답할 수 있어야 하며, ②“법은 왜 법인가?”라는 질문에 대답하여야 한다.

“이 법은 악법인가?”라는 질문에 보다 충실한 답변을 도출하기 위해서는, “악법은 왜(어떻게) 악법인가?”라는 보다 더 근원적인 질문을 던질 수 있다. 정의(正義)에 반하였기 때문에 악법이라고 답할 수도 있겠으나, 문제는 정의가 자명(自明)한 것인지를 반문할 수 있다는 것이다.

예컨대, 일명 라드부르흐의 ‘불법공식’으로 일컬어지는, “법적 안정성에도 불구하고 정의에 반하는 정도가 참을 수 없는 정도에 이를 때 그 법은 더 이상 법이 아니다”라는 선언에 모두가 공감한다고 하더라도, 이 공식을 구체적 상황에 접목하려고 하는 경우, 참을 수 없는 ‘극도의 부정의’에 의한 판단이 쉽지 않다.

자연법은 “선을 행하고 악을 피하라”는 추상적 명령의 차원에서는 일견 보편적으로 통용 가능한 것처럼 보인다. 하지만 실천의 단계에서는 그 판단이 쉽지 않다. 다양한 고려 대상이 혼재한 구체적 현실에서는 무엇이 선이고 무엇이 악인지 판단하기가 쉽지 않다. 자연법은 인간이 “기본적 선에의 자연적 정향(定向)<sup>91)</sup>”을 지님을 강조하지만, 실정법이 순수한 위악(僞惡)의 목적에서 제정된 것이 아닌 이상, 특정한 법이 누가 보

91) 박은정, 자연법의 문제들, p.257

“자연적 성향에 따른 행위가 자연법에 속하는데 이 자연적 성향은 바로 이성에 따라 행위하려는 성향이다. 그런데 피니스에 의하면 이성적인 인간은 모두 인간의 노력의 목표로서의 기본적 선의 가치에 동의해야 한다고 보지 않을 수 없다. 그러므로 자연적 성향은 또한 기본적 선에의 자연적 성향이라고 아니 할 수 없다. 여기서 우리는 피니스의 자연법이 아리스토텔레스의 목적론적 자연개념을 받아들이고 있다는 점을 알 수 있다.”

아도 객관적·보편적으로 악법이라고 선언하기는 쉽지 않다. 소크라테스에게 추방이 아니면 죽음을 선택하라고 한 아테네의 법은 소크라테스의 지지자들 눈에는 악하였으나 비관자들에게는 합당한 법이었으며, 유대인의 국적을 박탈한 나치의 법 역시도 제3제국이 강조한 인종적 우월성을 받아들인 사람들에게 가치가 전혀 없는 것이라고 단언하기 어렵다.

법실증주의 관점에서 볼 때, ‘규범적 이성으로서의 법’을 강조하면서 “선을 행하고 악을 피하라”는 자연법론은 선악(善惡)에 관하여 자명한 답을 내놓지 않는다는 비판을 할 수 있다. 인간의 본유적 이성과 선과 악에 대한 선험적 판단을 강조하지만 구체적 사회 현실에서 ‘객관적’ 선이 무엇인지 확인하기 어렵다는 점이 문제가 된다. 비실증주의에서 말하는 것은 인간의 본유적 이성과 ‘자연스러운’ 도덕이지만 그러한 본유와 자연이 과연 보편적이고 선험적인 것인지에 관하여는 꾸준한 의문과 비판이 제기되어 왔다.

“자연법은 오직 인간에게만 적용되며 합리적 행동의 본원적 원리들의 형식으로 나타난다. 자연법은 인간의 실천이성에 내재하는 근본 원리들에 직접적으로 근원을 두고 있다. 인간의 행위에 관심을 가지는 실천이성의 본질은 인간에게 좋은 것을 피하고 나쁜 것은 피하는 데 있다. 그렇다면 자연법의 내용은 이 ‘좋은(the good)’의 본질이 무엇인가에 달려 있다. 모든 사람이 획득하고자 애쓰는 것이 자연적 선(natural good)이라면 자연법의 제1원리는 “[인간에게 본래] 좋은 것은 행해지고 추구되어야 하고 [인간에게] 나쁜 것은 피해져야 한다”는 것이다. 자연법의 기타 원리들은 바로 이 제1원리를 구체화하는 것이며, 이는 인간에게 본질적으로 좋은 것(basic human good)과 본질적으로 나쁜 것(harm)을 규명함으로써 이루어진다. 따라서 자연법의 원리들은 도덕적인 근본 원리이기도 하다.<sup>92)</sup>”

자연법은 객관적 이성을 강조하지만 이는 현실의 층위에서 곧바로 확

---

92) 김도균, “근대 법치주의의 사상적 기초: 권력제한, 권리보호, 민주주의 실현”, 법치주의의 기초: 역사와 이념, 2006, p. 63



인하기 어렵다. 실증주의적 사고에 의하면 법은 선형적으로 확정된 것이 아니라, 사회의 의지적 힘에 의해서 정립되는 것이다. ‘이성’보다 ‘의지’를 강조하는 실증주의적 사유는 라즈(Raz)가 말한 가치의 통약불가능성(incommensurability)<sup>93)</sup>에 의할 때, 한층 깊은 설득력을 가진다. 어떠한 판단이 자명(自明)한 진리 혹은 정답이라는 평가를 내리기 위해서는, 여러 가지 개념 전제가 성립해야 한다. 우선, ㉠객관적 판단 기준이 마련되어 있을 것, ㉡판단의 기준이 보편적으로 공유될 것, ㉢그러한 기준에 따라서 판단이 도출되는 과정이 논리적으로 오류가 없을 것 등이다. 문제는 판단이 아무리 논리적이고 공정하게 도출된다고 하더라도, ㉠와 ㉡의 전제가 충족되기 어렵다는 것에 있다. 서로 다른 이해의 플랫폼 위에 서서 어떠한 결정이 절대적으로 옳다고 말하기는 어렵게 된다.

라즈는 통약불가능성에 근거하여 어떠한 법적 결정이 선택임을 강조한다. 통약불가능성에 대한 라즈의 설명은 선스타인(Sunstein)의 가치 구분에 따라 논리가 보다 견고해진다. 선스타인은 도구적 가치(instrumental value)와 내재적 가치(intrinsic value)를 구분하며 공리주의자들의 환원적 계산 방식을 비판한다<sup>94)</sup>. 그 자체에 가치가 존재하는 내재적 가치는 통약이 가능하지 않기 때문에 비교형량이 불가능하며 가치에 대한 사람마다의 입장 차이는 내재적 가치를 살펴볼 때 확연히 드러난다. 따라서 내재적 가치의 통약불가능성 및 비교형량의 어려움을 감안하면 사회 전반에서 통용되는 ‘객관적’인 가치 판단을 내리는 것은 거의 불가능해진다고 보아야 할 것이다. 법적 결정을 내리기 위해서는 필연적으로 ‘선택’이 발생하게 되며, 이러한 ‘선택’의 불가피성은 라즈가 법은 ‘권위’라는 이론을 구축하는 기초가 된다.

판단의 주체마다 저마다의 인식과 서로 다른 잣대를 가진다면 보편적·객관적 정답은 멀어지게 된다.<sup>95)</sup> 정의라는 ‘이름’을 채우는 ‘실질’은 사람

93) Joseph. Raz, *The Morality of Freedom*, 1986, p.322

94) Cass R. Sunstein, “Incommensurability and Valuation in Law,” 1997.

95) 조홍식, 법에서의 가치와 가치판단, pp.282-283

“가치의 통약불가능성과 가치판단방식의 다양성은, 법에서도 수많은 문제를 제기한

마다 다를 수 있다. 유명론(唯名論)의 관점에서 보편적 정의는 저마다 이름 붙이기 나름인 피상적 명칭에 불과하다.<sup>96)</sup> 도덕적 판단은 저마다의 정의 관념에 따라 얼마든지 다를 수 있기에 어떠한 법이 ‘악법’이지에 관한 판단을 둘러싸고 가치관의 경합과 투쟁이 발생할 개연성이 크다. 따라서 유효한 법이기 위해서는 ‘실정화’가 요청된다.

우리의 이성은 객관적으로 증명 가능한, 흠 없고 정당한 하나의 법규범체계가 무엇인가를 제시할 수는 없다. 우리가 계산해 볼 수 있는 것은 개인들이나 사회집단들 사이에 존재하는 서로 상이하고 모순되는 법적 견해들뿐이다. 그러나 공동생활의 질서를 이러한 견해들 간의 투쟁에만 맡겨둘 수는 없다. “무엇이 정의인가를 아무도 확인할 수 없다고 한다면, 무엇이 법이어야 하는가를 확정하지 않으면 안 된다! (...) 이처럼 법의 실정화는 실로 법철학적으로 정당화된 것이다<sup>97)</sup>.”

이는 법실증주의가 “편협한 울타리 안에서 유연성의 사고를 받아들이지 않은 결과<sup>98)</sup>”라기보다는 서로 다른 가치와 목적을 추구하는 사회에서

---

다. 이로 인해, 법적 판단에 필요한 사실에 대한 인식도 사람마다 제각각이고, 적용되어야 할 법에 대해서도 다종다양한 의견이 분출하기 때문이다. (...) 반면, 법해석에 있어서는 판단자의 가치판단방식이 어떻게 짜여야 하는지에 관한 큰 틀에서의 논쟁이 여전히 치열하게 진행되고 있는 것으로 판단된다. 이와 같은 법해석 방법론을 논함에 있어 본장이 다른 통약불가능한 가치와 다양한 가치판단방식은 결론을 좌우하는 근본적인 문제이다.”

96) 박은정, 자연법의 문제들, 세창출판사, 2007, p.190

“유명론(唯名論)은 서구의 사유전통에서 보편성을 객관성에 일치시키는 사고를 최초로 무너뜨리는 내용을 담고 있다. 실재하는 것은 보편이 아니라 개별일 뿐이다. 유명론의 입장에 의하면 보편성은 더 이상 선형적으로 확정된 것이 아니며, 다만 주관적 업적에 의해서 비로소 형성된 것에 지나지 않는다.”

97) 심헌섭, 법적안정성에 관한 연구, p.138

98) 박은정, 자연법의 문제들, 세창출판사, 2007, p.62

“물론 라드브루흐 공식에 대한 다양한 비판도 제기되었다. “법률적 불법(gesetzliches Unrecht)”은 일반시민들에게 혼란을 주는 모순된 개념이다, 법적 안정성을 해친다, 무엇이 불법인지는 인식불가능하다, 삼권분립을 포함한 민주주의 원리를 훼손한다, 소급입법에 의한 해결이 가능하다 등등. 이러한 비판의 대부분들은 실증주의적 사고의 경직에서 오는 것이라고 볼 수밖에 없다. 이른바 ‘배제적 법실증주의’의 편협한 울타리 안에서, 유연성의 사고를 받아들이지 않은 결과이다. 현대사회가 법의 이름으로 어느 정도는 감내해야 하는 유연성은 법적 안정성의 적이 아니다.

자연스러운 결과로 새길 수 있다.

## 2. ‘형식’으로서의 법과 사회적 실행의 보증

어떠한 법률이 ‘악법’이라는 결론을 도출하기 위해서는 가치의 투쟁과 사회적 고려, 그리고 무엇보다도 해당 법률이 더 이상 유효한 법률이 아니라는 권위적 선언이 요구된다. 그러나 아무리 자명(自明)한 악법도 - 앞서 검토한 바와 같이, 누가 보아도 악법으로 자명(自明)하다는 사실 자체가 쉽게 충족되기 어려운 조건이지만 -, 사회적 권위에 의거한 효력 상실 절차가 필요하다. 상기 독일 연방재판소의 국적박탈 무효화 판결은 자연법에 따라서 악법으로 당연히 부정되었다기보다는, 법률의 효력을 판단할 수 있는 권위적 기구인 사법기구에서 특정 법률이 무효임을 선언했기에 국적이 회복된 것이다.

‘악법도 법인가’와 긴밀하게 연계되는 ‘법은 왜 법인가’라는 질문은 법의 결단적 속성, 권위적 특징으로 답할 수 있다. 법은 홉스가 리바이어던(Leviathan)의 다음 대목에서 주장한 바와 같이 실행과 효력이 담보되어야 한다.

“법은 그 자체로는 무력한 것이어서 인간이 해석하고 적용하며 시행할 때 비로소 생명을 가진다. 인간이 법을 통제하고 지배하는 것이 그 역은 맞지 않다. 국가의 존재이유가 갈등 해결을 통한 평화와 안정의 보장에 있다면 법만으로는 결코 어떠한 분쟁도 해결할 수 없는 것이다. 왜냐하면 법의 의미와 권능은 법이 인간에 의해서 해석되고 적용되어 시행되는 것의 산물일 뿐이기 때문이다. 최종 결정자가 인간일 때(일인이건 다수이건) 비로소 법은 분쟁을 해결하고 평화를 수호할 수 있다.<sup>99)</sup>”

법이 권위적 실행이 아니라면 사회적 관점에서 법을 바라볼 때, 법을

---

99) 홉스, Leviathan, 제26장, para.21 및 제29장 para.16, 김도균 “근대 법치주의의 사상적 기초: 권력제한, 권리보호, 민주주의 실현”, 「법치주의의 기초: 역사와 이념」에서 재인용(p.103)

다른 사회적 규범과 구분하기가 쉽지 않다. ‘사회적 실행(social practice)’은 단순한 개연성이나 확률로 환원될 수 있기 때문이다. 사회적으로 응당 기대되는 특정 행위를 사람들이 어느 정도의 확률로 수행하는지, 혹은 사회적으로 비난받는 행위를 저지른 경우 불이익 혹은 처벌이 어떤 수준의 개연성으로 부과되는지만 따져서 무엇이 법인지 아닌지를 판단할 수는 없다.

### 3. 사회적 조정으로서의 법

홀즈(Holmes)가 설파하였듯이, 법규범은 사상의 전쟁터에서 얻은 결과물이다<sup>100)</sup>. 법의 개념과 법의 ‘권위’는 분리하기 어렵다. 서로 상이한 가치관의 경합 속에서 법은 사회적 ‘조정’으로서의 속성을 가지며, ‘정답’을 찾기보다는 사회적 질서와 안정을 유지함으로써 혼란과 효율을 방지하는 역할을 수행한다. ‘두드러진 지위’를 보유한 국가가 해당 규범에의 순응을 요구하기 때문에 법은 법으로서의 자격을 지닌다.

조정문제를 국가가 해결할 수 있는 것은 국가가 이들 문제에 관해서 일반 국민보다 더 우월한 지식을 가지고 있기 때문이 아니다. 국가는, 국가로서 존재하고 대부분의 사람들에게 의해 복종되고 있다는 사실 자체에 의하여 개인이나 단체보다 ‘두드러진’ 존재이고 국가가 이들 문제를 해결해 온 것은 주지의 사실이기 때문에, 이들 문제를 해결함에 있어 유효적절한 “지위(position)”에 있다<sup>101)</sup>.

법을 사회적 문제를 해결하기 위하여 조정 기능을 수행하는 의지적 결정이라고 새긴다면 법의 이성적 요소보다 의지적 요소에 더욱 주목할 필

---

100) “법은 사상의 전쟁터에서 승리한 것을 구체화하여 법의 효력을 부여한다. 그러나 이 순간까지도 이와 반대되는 견해는 싸움은 아직 끝나지 않았다면 물러서지 않고, 진짜 승자가 누구인지 결정되지 않았다고 주장한다. 지금 법이 무엇인지 결정해도 좋은지 확신이 서지 않는다.” (Holmes, Common Law, 1881)

101) 조홍식(2009), “사법통치의 정당성과 한계”, p.37

요가 있다. 법은 도덕적 가치판단과도 구분되며 단순한 관행과도 구분된다. 법을 사회적 실행이라고 이해할 때에도 그러한 실행이 ‘권위적 실행’이지 않은 경우에는 법이라고 평가하기 어렵다. 다음과 같이 법은 도덕적 불확정성을 해결하고 사람들이 따를 수 있는 규칙<sup>102)</sup>을 조정하는 ‘매듭’의 기능을 수행하고 있기 때문이다. 즉, 법은 상이한 가치관과 지향점을 지닌 구성원들이 모인 사회에서 다음과 같이 ‘조정적 기능’을 수행하고 있다.

도덕의 영역에서는 사람마다 가치판단방식이 다르기 때문에 각자가 저마다의 도덕 판단을 하고 있다. 그러나 사회를 운영하는 정책결정이나 그 결과물인 규칙은 그 구성원 사이에 생기는 도덕적 불확정성을 감내할 수 없기 때문에, 더 이상 논란의 여지를 남기지 않는 일종의 “매듭(knot)”이 필요하다. 이렇게 보면 사회적 이슈에 관하여 구성원들 사이에서 서로 다른 가치관이 상충하는 상황은 도덕의 영역에서 벌어지는 조정문제, 즉 “도덕적 조정문제(moral coordination problem)” 상황이라 할 수 있을 것이다. 이런 도덕적 조정문제 상황에서는 일단 그 문제에 관한 매듭이 만들어지면 그 도덕성 여하를 따지기보다는 이에 따르는 것이 ‘더 도덕적’일 것이다. ... 도덕성을 따지면서 불거질 상이한 가치관 사이의 비극적 상충보다는 일단 어떤 방향으로든 매듭이 지어지는 것이 더 낫기 때문이다. 또한 그 매듭이 구성원 사이에 형성한 ‘기대’ 또는 ‘신뢰’는 정당한 것으로 이를 존중하는 것이 도덕적이기 때문이다.

일반인들이 ‘법’이라고 생각하는 대부분의 것은 ‘조정’으로서의 성격을 가지고 있다. (...) 바로 이런 경우 사람들이 따를 수 있는 ‘규칙(rule)’을 설정해 둌으로써 사람들 사이의 상호작용을 조정하는 것이야말로 ‘실정법(實定法)’이 가진 대표적 기능이라 할 수 있을 것이다. (...) 상정할 수 있는 선택지 중에서 어느 하나의 규칙체계를 선택하는 것이 그 사회

102) 김도현(1997), “사회학적 법개념에 관한 연구”, p.95

“그러나 “보편적으로 적용된다”는 것은 법을 말할 때 빼놓을 수 없는 속성이다. 법이란 사회의 규칙의 일종이기 때문이다. 법은 행위 그 자체도 아니고, 권위적 또는 할당적 자원도 아니다. 법은 규칙의 일종이고, 규칙이란 단 한번만 적용되고 사라지는 것이 아니다. 사회적 실천을 시간적, 공간적으로 질서지우는 기능을 하는 것이 규칙이기 때문이다.”

뿐만 아니라 구성원에게도 마땅하고 유리한 것이 된다.<sup>103)</sup>

이와 같이 법이 사회에서 수행하는 기능(functions)을 생각할 때, ‘악법은 법이 아니다’라고 말할 수 없게 된다. 법적 안정성을 해치고 사회 운영에 혼란을 초래할 수 있기 때문이다. 어떠한 법률이 도덕적 근본원리에 위배된다는 이유로 법의 효력을 부정하는 것은 사회적 조정이 깨어지는 상황을 유발한다. 따라서 “실정법은 개개인의 가치 판단을 차단”하는 힘을 가진다.<sup>104)</sup> 관념의 차원에서 ‘악법은 법이 아닐’ 수도 있겠지만, 현실의 차원에서 악법은 - 악법이라는 가치판단의 상쟁은 차치하고서라도 - 법이다. 법의 규범성은 법의 도덕적 가치와는 별개의 독립적인 것이어야 한다.

#### 4. 악법의 실효성, 법의 자격

법은 사회적으로 형성되고 그 실행을 보증받은 합의(合意)이다. 독일 제3제국을 경험한 라트부르흐가 ‘법률적 불법(gesetzliches Unrecht)’이라고 비판하는 내용들도 사회의 지지가 있으면 언제라도 다시 만들어지고

103) 조홍식(2009), “사법통치의 정당성과 한계”, pp.36-37

104) 조홍식(2009), “법에서의 가치와 가치판단”, pp.240-241

“가치의 통약불능성이 가지는 의미는, 위와 같이 ‘무엇이 권리인가’의 문제에서보다 ‘무엇이 공익인가’의 문제에서 더 크다. 권리가 설정되었다는 것은 그 권리가 설정된 가치에 대해 보호할 필요가 있음을 천명한 것이다. 그리고 권리가 설정된 경우에는 그 권리의 주체나 범위가 비교적 분명하고, 그 만큼 판단의 어려움이 경감된다. 반면, 공익의 문제를 “무엇이 다수 또는 사회 전체의 이익인가?”의 문제로 정식화한다면, 고려해야 할 가치도 많고 또한 어떤 가치판단방식을 채택할지도 불분명하다. 우리는 “누구의 것인가?”라는 권리의 문제보다 “공동의 것을 어떻게 사용할 것인가?”라는 공익의 문제를 논할 때 더 많은 논란에 빠지게 된다는 것을 경험으로 알고 있다. 판단기준의 모호성이 전자의 문제에서보다 후자의 문제에서 더욱 크기 때문이다. 실정법의 자율성을 인정하는 것도, 공적 영역에서 각 개인의 도덕적 판단이 상쟁하면서 생길 폐해가 너무 크기 때문에 이를 방지하기 위해서이다. 법실증주의는, 가치관이 서로 다른 사람들이 사회적으로 상호작용하는 공공영역을 규율하는 규칙에 관해서는, 개개인의 실천적 가치판단을 차단할 힘을 실정법에 인정하고, 나아가 무엇이 그런 실정법에 해당하는가의 인정기준을, 실질적인 도덕상의 판단과는 독립해서 설정한다. 요컨대 상쟁하는 가치는 그 상쟁을 잠재울 어떤 “매듭(knot)”을 필요로 하는데, 법실증주의는 ‘다수자의 결정’이라는 매듭을 선택한 것이다.“

집행될 수 있다. 라드부르흐가 말한 ‘법률적 불법’은 법이 아니라는 언명, 즉, ‘정의에 반하는 정도가 참을 수 없는 정도에 이른 법은 더 이상 법이 아니다’라는 이른바 ‘라드부르흐 공식’은 마음의 불편함을 덜어낼 따름이다<sup>105)</sup>. 마땅하고 타당한 내용이 상대화될 수 있다는 예측은 불안감을 떨치고 현실을 관찰하면, 법체계는 우리사회의 정치체계 내에서 존재한다. 사회적 실행이 담보될 수 있다면, 비록 법의 내용에 관한 비판적 수위가 높다고 하더라도 그 법은 법으로서 - 법의 형식으로, 법의 효력을 가지고 - 통용된다. 즉, 사회적 권위가 보증하는 효력의 측면에서 볼 때, ‘악법도 법’이다.

하지만 악법도 사회적인 실행의 보증이 담보된다면 법이다. “악법도 왜 법인가?”라는 질문과 연계되는 질문을 재차 던지자면 “법은 왜 법인가?”이다. 아퀴나스(Aquinas)를 비롯한 자연법주의자들은 법이, ‘공동선을 위하여 형태 지워진 이성의 명령’이라고 이해하였다. 하지만 인간 행위주체와 별개로 분리되는 ‘초연한’ 이성적 완결체로서의 법이라는 개념은 비현실적 관념이다. 법이 그 자체 독자적으로, ‘이성’이라는 개념 층위에서만 성립 존부와 효력 여하를 인정받는 것은 아니다. 회스터가 말한 것처럼, “단순한 개념 정의를 통해서도 현실을 변화시킬 수 없는” 것이므로, 아무리 도덕적이지 않은 법이라고 비판받는 법이라고 할지라도 자연법에 근거한 판단만으로 해당 법률의 존립 혹은 사회적 유효성을 부인할 수는 없기 때문이다.

---

105) 이는 마치, 사회적 공분을 불러일으키는 흉악범을 두고 사람들이 ‘저건(흉악범) 인간도 아니다’라고 말할 때 가지는 모종의 심리적 안도감과 연관된다. 극악한 범죄에 개탄할 때 필연적으로 느끼는 실망과 불안 그리고 회의감이, ‘저건 인간이 아니다’라는 경계선 긋기를 통해서 차단될 수 있기 때문이다. 마찬가지로, ‘악법은 법이 아니다’라는 언명은, 사회의 법질서에 대한 실망과 회의감을 덜고, 혹시 정의롭지 않은 법질서가 사회를 규율하지 않을까 하는 불안감을 희석시키는 기능을 한다. 즉, ‘악법은 법이 아니기’ 때문에 악법에 법으로서의 자격을 부여하지 않아도 된다는 심리적 ‘평온함’, 이내 사필귀정이 될 것이라는 심리적 안도감을 제공한다. 하지만 역사적 현실을 있는 그대로 평가할 때, Nazi 체제처럼 인간의 ‘이성’이 큰 과오를 저지를 수도 있음을 ‘자연법’이라는 정치-외재적 혹은 사회-외재적 관념을 통해 부인할 수는 없다.

“왜냐하면 단순한 개념 정의를 통해서도 현실을 변화시킬 수 없기 때문이다. 도덕적으로 문제가 있기는 하지만 현행 법률서 테두리 안에서 제정된 법률은 결국 법철학자가 그것을 ‘타당한 법’으로 부르든 부르지 아니하든 상관없이 그 비도덕성을 제외하면 도덕적으로 이의 없는 법률도 갖고 있는 속성 전부를 갖고 있다. 즉 그런 법률도 현행 헌법과 합치되게 성립된 것이다. 그런 법률도 법적 참모에 의해 적용되고, 집행되는 것이다. 그런 법률에 대한 준수를 (예를 들어 그 비도덕성 때문에) 거부하는 사람은 법 침해에 대한 통상적인 결과를 예상해야만 한다. 이러한 모든 사실이 도덕에 사로잡힌 반(反)실증주의적 법 개념의 정의에 찬성한다고 할지라도 세상에서 사라질 수는 없다.<sup>106)</sup>

법실증주의가 법이 형식적으로 성립한 이상 그 법이 여하한 내용을 지니든 무한정 수궁하는 것은 아니다. 하지만 법률이 효력을 상실하기 위해서는 사회의 권위적 부인, 제도적 무효화가 진행되어야 한다.

---

106) 회스터, 1987, p. 186 (알렉시의 책 pp.69-70에서 재인용)



## 제 2 절 법체계의 개방성과 정책적 사고

### 제1항 법체계의 개방성

#### 1. 폐쇄적 법체계 이론의 문제

켈젠(Kelsen)은 법실증주의 입장에서 법체계의 논리적 구조를 설명하는데, 켈젠 이론의 고유한 징표는 ‘근본규범(Grundnorm; basic norm)’이다. 켈젠은 법체계에서 모든 법 규범들은 근본규범에 기초하여 있다는 계층적·위계적 개념의 법체계를 설명한다. 모든 법은 근본규범으로부터 타당성과 구속력을 부여받는다. 즉, 근본규범으로부터 파생된 위계적인 규범적 효력이 부여된다.

다른 규범들이 효력을 가지는 것은 [그 이유를 부여하는] 더욱 상위의 규범이 존재하기 때문이다. 이처럼 규범 효력을 설명하는 상위 규범이 마치 인과관계를 따지듯 무한 소급할 수는 없는 것이며, 가장 종국적이고 최고의 규범(the last and highest)이 존재함이 전제되어야 한다.<sup>107)</sup>

켈젠은 법질서의 궁극적인 연원이자 원천을 근본규범이라는 가정적 규범의 존재를 전제함으로써 설명한다. 법의 궁극적 연원은 근본규범이라는 켈젠의 설명은 법의 체계성과 통일성을 강조한다. 법체계의 근본규범은 “역사적으로 최초의 헌법에서 규정한 대로의 방법과 조건 하에서 인간에 대한 인간의 강제가 행사되어야” 한다고 켈젠은 설명한다. 켈젠의 사유가 보여주는 특징은 ‘연역적 사고’와 ‘폐쇄적 법체계’이다. 켈젠이 말하는 근본규범은 그의 중층적 법체계를 설명하기 위해서 일종의 수학적 전제처럼 상정한 가정적 개념(presupposed notion)에 가깝다. 이러한 근본개념에 대한 비판과 함께 켈젠 논리의 폐쇄성은 비실증주의자의 대표

---

107) Kelsen(1970), General Theory of Norms, p.194

적인 공격 지점이 되어왔다. 최초의 헌법인 ‘근본규범’은 사회적 합의와 지지에 의하여 정당성이 확보되었다. 켈젠에 의하면 법규범은 정당한 근본규범에서 파생하였기 때문에 정당성을 획득한다. 즉, 법규범의 정당성은 근본규범의 시원적(始原的) 정당성에서 비롯된다.<sup>108)</sup>

역사상 최초의 헌법이 효력을 가지는 이유가 무엇인지 물을 때, 그 답은 최초 헌법이 구속력 있는 규범(the validity of this constitution)으로 전제되었기에 효력이 존재한다는 것이다. 어떠한 규범이 효력을 가지는 이유는 다른 규범에서 찾을 수 있기 때문에, 역사에서 최초 헌법의 효력이 전제하는 것은 규범이다. 근본규범은 법질서의 기초(the basic norm of a legal order)가 된다. 강제력 있는 행위는 최초의 헌법 및 그에 근거한 규범들에 따라서 이루어진다. 즉, 우리는 헌법이 규정하는 대로 행위하여야(behave as the constitution prescribes) 한다.<sup>109)</sup>

그러나 법체계는 이미 자체완결적인 논리의 총합이 아니라 불완전하고 가변적이다. 법체계의 내용적 구성은 주변 환경의 영향을 받으며 변화하기 때문에, 영원불변의 이데아와 마찬가지로 최초의 헌법을 말하면서 언제나 타당한 근본규범은 관념적 차원에서는 성립할 수 있어도, 현실적 설명력이 부족하다고 평가된다. 근본규범으로부터 비롯한 연역적 결과물로서 일체의 법규범이 형성된다는 관점은 일부 국한된 대상에 대해서는 높은 설득력을 가지지만 법 현상 전반에 관하여 보편적인 설명력을 유지하기는 어렵다.

---

108) 켈젠(Kelsen)의 순수법학은 근본규범에서 법이 파생된다는 점에서 자기-준거적인 체계(self referential system)와 상응하는 면이 있다. 법체계 내부의 질서(internal order)에 따라서 자기생산이 반복되는 것이라고 켈젠의 근본규범 이론을 이해하여도 큰 왜곡은 아닐 것이다. 켈젠의 문제는 근본규범 이후의 법규범 파생 과정에서 일반 법규범이 외부와 ‘절연’되어도 그 정당성에 문제가 없는 것으로 상정하고 있다는 점이다. 법질서의 기초가 되는 근본규범이 정당하기 때문에 전체 법규가 정당하다는 논리는, 비록 제반 법규범들이 근본규범에서 비롯한 적자(嫡子)들이라고 하더라도 근본규범이 계보(系譜)에 위치하고 있다는 사실만으로는 정당성을 당연히 취득하지 못할 수도 있음을 간과하고 있다. 규범의 정당성은 수학 공식처럼 논리적 전제가 옳다고 하여 그에서 파생하는 명제가 반드시 옳다는 것이 보장되지 않는다.

109) Kelsen(1970), General Theory of Norms, pp.200-201

더욱이 이러한 사고방식의 특징은, 현실에서 살아가는 사람들로 구성된 사회의 존재를 논의에서 제거하고 행위주체와 별개로 독립된 이성적 총화인 법이라는 존재를 상정하는 것이다<sup>110)</sup>.

“빈틈없이 꼭 짜인 규범 체계로서의 법이라는 관념, 자동 판결기계라는 법관상, 기계적 권력분립의 관념은 이미 사회정치적 현실에 의해 완전히 부정되고 있다는 법사회학적이고 정치사회학적인 판단이 슈미트로 하여금 바이마르 법학의 법형식주의와 법실증주의를 비판하게 한 것이다,<sup>111)</sup>”

법질서가 생겨난 이유이자, 법질서의 규율 대상이 되는 인간 주체(agent)의 존재를 배제하고 법체계의 구성과 작동을 오직 순수하게 관념적인 법으로서만 논의하는 것은 실제의 법 현실을 이해함에 있어서 왜곡을 가져올 수 있다. 사회와 유리된 규칙의 형식적 완결성 추구는 여러 비판자를 양산하였다.

일부 실정법주의자들은 법의 형식적 완결성을 추구함으로써 법체계를 ‘폐쇄적’ 구성체계로 상정하여 많은 비판을 받았다. 켈젠의 법실증주의 이론에 제기되는 여러 비판들, 특히 다음과 같이 폐쇄적 법체계 혹은 자기준거적 법률이라는 관념은 현실적 설명력이 부족한 이론에 대한 적합한 비판이라고 새겨야 한다<sup>112)</sup>. 켈젠은 체계 내부의 논리 규범만으로 완벽하게 직조·구성된 법체계를 상정하였는데 이는 순수하고 이상적인 관념적 논리의 법체계이지 우리가 살아가는 현실의 법체계는 아니다. 법을

---

110) 이러한 특성은 켈젠(Kelsen)의 이론에서도 일부 관찰된다. 켈젠의 중층적인 법이론의 근간이 되는 ‘근본규범’에 있어서는 가치가 완전히 배제되지 않고 있다. 켈젠은 근본규범이 타당하기 때문에 그에 위계적으로 파생된 일속(一束)의 법 규범들이 모두 타당하다고 말하는데, 이러한 근본규범은 ‘정당화’된 규범성으로서 자연법적 요소를 지니고 있으며, 근본규범이 타당해야만 이론의 출발점이 설명되는 순환논리를 보인다.

111) 김도균(2015), *합법성과 정당성, 해제: 민주주의와 법치주의의 변증법*, p.227

112) “빈틈없이 꼭 짜인 규범 체계로서의 법이라는 관념, 자동 판결기계라는 법관상, 기계적 권력분립의 관념은 이미 사회정치적 현실에 의해 완전히 부정되고 있다는 법사회학적이고 정치사회학적인 판단이 슈미트로 하여금 바이마르 법학의 법형식주의와 법실증주의를 비판하게 한 것이다.” (김도균, *합법성과 정당성, 해제: 민주주의와 법치주의의 변증법*, p.227)

‘폐쇄체계’로 상정하는 문제점에 관하여 비판이 제기된다. 법실증주의 입장에서 이러한 비판은, 법은 실정법으로 구성되어 있되, 법체계가 외부 환경에 열려있는 개방적 체계라는 점에서 극복될 수 있다<sup>113)</sup>.

“켈젠의 도식에 따르면, 최고의 권한은 통일된 규범 체계로서의 주권 질서에 주어져야 하는데, 켈젠식의 법실증주의는 국가적 삶의 모든 표현들을 규범들 간의 귀속으로 축소하고 모든 국가 작용을 논리적으로 엄밀하게 짜인 권한 영역 내에서 수행된 작용으로 전환해버리는, 내용 없는 자유주의에 지나지 않는다고 슈미트는 비판한다. 그러한 입장은 헌법이란 법규범들 및 지시의 체계에 지나지 않는다고 보며, 빈틈없이 촘촘히 연결된 규범들의 통일 체계로서의 헌법이 주권의 지위를 가진다고 상정하기 때문에 인간으로서의 주권자 요소가 결여되어 있다는 것이다.

그와 같은 헌법관 대신 슈미트는 헌법이란 형식과 절차를 규정하는 규범들의 집합 이상이라고 주장한다. 헌법을 닫힌 규범 체계로 보기보다는 비상사태나 예외 상황과 같은 구체적 현실에 열려 있는 것, 그래서 그 빈틈을 사람이 또는 특정 기관이 채워야 하는 것으로 보아야 마땅하다는 것이다.”<sup>114)</sup>

법원의 재판에 의하여, 법규범의 실질은 결정 이전과 이후가 달라진다. 사안에 적합한 판단을 위하여 법원이 활용하는 전거가 법의 내부영역에서만 찾아지는 것은 아니기 때문에, 사회의 법체계는 자기완결적인 폐쇄적 체계(closed system)의 모습과 거리가 먼 것이라고 할 수 있다.

현실의 법체계는 ‘개방체계’로 이해된다. 대부분의 구조는 개방체계<sup>115)</sup>

---

113) 도덕적 규범과 보편적 가치 등 자연법이 말하는 도덕적 법은 현행의 실정법과 관련성은 있으나 법 그 자체는 아니므로 법은 - 자연법의 이상을 향해 수렴하는 것과 달리 - 내부적 논리의 고도화와 주변 여건 등에 따라서 항상 변화에 열려 있다.

114) 김도균, 합법성과 정당성, 해제: 민주주의와 법치주의의 변증법, pp.231-232

115) 유종해·이덕로, 현대조직관리, 박영사, 2015, p.99

“체계라는 말은 상호의존하는 부분들로 이루어진 실체라고 말할 수 있다. 따라서 조직 속의 부분 혹은 단위들은 그 조직을 이루고 있는 경계 내에서 활동하면서 한 부분의 변화는 다른 부분에 영향을 미치도록 연관되어 있는 것이다. 폐쇄체계는 한정된 체계 속의 내부적 기능만을 이해함으로써 전체를 파악할 수 있고 또 예견할 수도 있는 것이지만, 개방체계의 기능은 체계가 속해 있는 외부적 환경에

로서 주변 환경과의 상호교류 작용을 거쳐서 체계의 내·외부적 논리성과 타당성을 확보하고 지속가능성을 유지한다. 법의 효력을 구성하는 중요한 요소는 법의 사회적 수용성이다. 즉, 법의 효력은 법체계 내에 부합하는 합법성(legality)를 가진다는 형식적 효력과 사회적 수용성을 인정받는 실질적 효력이 있다. 만약, 법체계가 대사회적 개방체계가 아니라 사회와 절연된 폐쇄체계라고 한다면 이러한 논리는 무익한 것이 된다.

법의 변화는 법원의 ‘결정’에서 비롯된다. 법체계 내부의 자원만으로는 적합한 결론을 도출하기 어렵다고 판단하여 변화의 필요성을 결정의 권위가 있는 기관이 인식(cognition)하는 경우, 권위적 승인을 통하여 법체계는 변화한다. 기존의 법체계에서 법 규범으로 인정되지 않던 내용들이 법원의 법형성 판결의 논증 과정을 통해서 법체계 내로 포섭되면서 법이 변화한다. 법원의 승인에 따라 사회 규범(social norms)들은 법적 규범(legal norms)으로 변환된다.

법체계 외부의 사회 예비규범 자원을 활용하는 논증의 구조는 우리 법체계가 외부 변화에 적응하는 개방적인 체계(open and adaptive system)<sup>116)</sup>의 성격을 가지고 있음을 보여준다. 법체계는 외부 환경과 분리되어 존재하지만 외부와 절연되어 있는 것은 아니며, 외부 환경으로부터 받는 자극과 압력을 수용하여 변화한다. 물론, 법체계 외부의 가치 및 규범 자원을 활용하는 논증이 빈번하게 일어나는 통상적인 결정은 아니다. 법원이 내리는 대부분의 결정은 내적 논증을 통해서 얻어진다.

## 2. 법체계의 개방성과 법의 변화

법체계의 개방성은 법의 변화와 연계된다. 법 개념을 검토함에 있어서 간과하지 말아야 하는 중요한 점은 법이 가변적이라는 사실이다. 법은

---

적응해야 하기 때문에 그 자체가 전체 체계의 한 부분으로 존재하는 종속적인 특성을 지닌다.”

116) Teubner(1993), Law as an Autopoietic System. Teubner는 체계가 겪는 변화를 두고 “변이→선택→재안정화” 과정이라고 정리한다.

사회 구성원의 참여를 통해 형성과 축적의 과정을 거쳐서 내용이 만들어졌기 때문에, 단순히 주어진 소여(所與)로서 법을 받아들이게 되면 법의 변화를 이해하기가 어려워진다.

‘악법은 법인가’라는 질문에 답함에 있어서, 법과 도덕적 가치의 관계에 관한 비실증주의와 법실증주의 양대 입장은 분명한 차이를 보인다. 법실증주의는 법의 가시(可視)적 측면에 주목한다. 비실증주의는 가시성에 주목하는 법실증주의가 법의 외형만을 보고 그 내부의 가치를 간과하고 있음을 비판한다. 하지만 두 입장이 법을 바라보는 관점이 아무리 다르다 하더라도, “법은 바뀔 수 있다”라는 지점에서는 서로 화해할 수 있다.

법실증주의나 자연법론 모두 법이 고정된 불변의 것이 아니라는 점에는 생각이 일치한다. 법이 변화하는 경우, 법실증주의 입장에서는 가시적인 실정법이 변화하는 것이며, 비실증주의 입장에서는 실정법의 내부에 있는 자연, 즉 법의 내재적 가치가 변화한다. 실정법이란 “인간의 의지, 국가의 의지에 의하여 무엇이든지 규정할 수 있고 따라서 언제든지 변화할 수 있는 법<sup>117)</sup>”이다. 따라서 법실증주의에서는 사회적 권위와 절차에 따르는 경우 얼마든지 실정법 개폐가 가능하다.

비실증주의는 자연법의 불편성과 보편성을 강조하며 법실증주의 실정법 개념의 자의성을 비판하는 것처럼 일견 보이나, 비실증주의가 말하는 ‘자연’에도 변화의 개념이 내포되어 있다. 비실증주의, 자연법론 역시 자연법의 역사적 가변성을 인정한다. 자연법주의 혹은 비실증주의 학자들

---

117) 김도현(1997), 사회학적 법개념에 관한 연구, P.95

“단 한 번의 결정으로 법이 된다는 것은 대단히 근대적인 관념이다. 이것은 근대 실정법이 가지고 있는 특성인 것이다. 실정법은 법을 속박하는 모든 선형적이고 초월적이고 신분적인 존재를 거부한다. 그것은 인간의 의지, 국가의 의지에 의하여 무엇이든지 규정할 수 있고 따라서 언제든지 변화할 수 있는 법을 의미한다. 실정법이란 변화 가능한 법이다. 실정법이라는 관념 아래서만 과거와 단절되는 전혀 새로운 규칙의 제정과 이것을 장래에 보편적으로 적용하겠다는 의도가 빛을 발한다. 이것은 원시사회에까지 일반적으로 타당한 속성이 아니다. 원시사회에서 법은 권위자의 일회적 결정에 의해서라기보다는 우선 사회구성원의 일상적 삶의 담론적, 실천적 규칙으로서 존재한다. 따라서 ‘의도’라는 부가적 표현은 받아들일 수 없는 것이다.”

도 자연법의 ‘자연’ 개념이 변화함을 인정함으로써 영원불변의 진리에 관한 고전적 자연법 관념은 수정되었다. 자연법론에서 말하는 자연은 “완결된 형태로 주어진 것”이 아니라 “점차적으로 자라는 어떤 것”을 의미한다.<sup>118)</sup> 즉, 인간의 이성은 “불완전으로부터 점차 완전으로 나아가는” 발전적 개념으로서 가변성을 지닌다<sup>119)</sup>.

법의 ‘변화’에 주목한 여러 학자들은 “법 진화론”의 다양한 방식으로 이에 접근하였다.<sup>120)</sup> 법에 있어서 ‘영원불변의 진리(veritas aeternitatis)’를 찾는 것은 가변적인 사회 환경과 법체계의 관계를 생각할 때 불가능한 일이며, 또한 바람직하지 않은 일이기도 하다. 법은 언제나 변화에 열려 있는 것이며, 법의 합리화 과정에 놓여 있다. 자연법이나 법실증주의는 본질적으로 같은 법현상을 두고 다른 관점에서 분석한 것이다. 다시 말하여, 법실증주의의 ‘변화 가능한 실정법’ 개념을 따르건, 비실증주의의 ‘변화 가능한 자연’ 개념에 따르건, 법은 변화하는 법, 변화에 열려 있는 법이다.

118) 박은정(2007), 자연법의 문제들, 세창출판사, 2007, p.21

119) 박은정(2007), 자연법의 문제들, p.265

“그리고 자연법론자들이 자연법이 이성의 원리라고 본다고 하여, 이와 함께 사람의 이성이 완전하다거나 그래서 법의 체계가 이성의 완전한 구현이라고 주장하는 것으로 이해해서는 안 된다. 그들에 의해서도 인간의 이성은 발전적인 개념으로 이해되고 있다. 일찍이 토마스 아퀴나스도 불완전으로부터 점차 완전으로 나아가는 것이 사람의 이성이라고 말한 바 있다.”

120) Max Weber는 법 영역에서도 ‘형식적 합리화’의 진행 과정을 중시하면서, 법의 변화가 전근대적 실질법 → 근대적 형식법 → 탈근대적 실질법 순으로 진행한다고 설명한다. 근대의 형식적 합리주의 법학에 따른 법 형식주의를 비판한 Weber는 법이 형식주의의 단점을 극복해야 한다고 말한다. 그러나 이러한 순차적이고 선형적인 법 진화론에 대해서는 사회학의 틀을 법학의 영역에 바로 접목한 것이라는 비판이 가능하다. 이러한 비판은 법은 고유한 내적 역학을 통해 진화한다는 이론을 주장하면서 법의 진화에 관하여 논한 Nonet과 Selznick에게도 적용된다. Nonet과 Selznick에 따르면 법의 진화 순서는, 억압적 법(repressive law)에서 자율적인 법(autonomous law), 그리고 응답적인 법(responsive law)으로 진화한다고 한다. 하지만 이는 선형적인 틀로 법의 변화에 단순하게 접근하였다는 비판이 가능하다.

[표 2-2 : 법원의 법형성 결정에 따른 실정법 변화]

구 분	기 반	변화 방식
성문법	㉠ 명문의 법령	㉠ contra legem
판례법	㉡ 선례 구속주의	㉡ departure
관습법	㉢ 법원의 확인	㉢ recognition

만약, 법원이 해당 준거를 엄격하게 따르는 것으로부터 벗어나 내용의 일정한 변화를 꾀하는 경우에는, 법률의 문언에 반하는 해석을 하거나 선례로부터의 이탈, 새로운 관행을 확인하여 그를 법으로 선언하는 과정을 거치게 된다.<sup>121)</sup> 법원의 법형성 결정은, 상기 ㉡와 ㉢, 그리고 ㉠~㉢에서 결정적인 영향력을 발휘함과 동시에, 그러한 변화 혹은 ‘결별’을 뒷받침할 근거를 거증할 논증책임을 부담한다.<sup>122)</sup> 즉, 법원은 법의 안정성과 신뢰 보호라는 목적에서 결정을 내림과 동시에, 구체적 정의의 실현을 위하여 변화를 가져오는 결정도 내리게 된다.

법체계 외부자원이 그대로 법적 판단의 논거가 될 수는 없지만, 법원은 이를 법체계 내부의 논리와 결합하여 일정한 결정을 산출해낸다. 이러한 ‘결합’에는 법원리가 활용된다. 현행법에 대한 불만족을 해결하기 위하여 법원이 동원하는 정책적 판단기준, 혹은 경험적 명제는 법체계 안에는 아직 충분히 반영되지 못한 내용으로서, 법원의 판결을 통해서

121) 법원은 성문법의 내용을 일정한 조건에서 제한할 수도 있지만, 특히 판례법과 관습법은 판단준거의 형성(generation point)과 변화(departure point)가 법원에 의해 결정된다는 점에서 법원의 판결이 가지는 의의가 한층 더 중요해진다.

122) 심헌섭, “법획득방법의 기본구조에서 본 법학과 법실무”, 1982, p.42

“따라서 ‘본질적으로’ 같은 사안이 한 판례에 따르도록 요청된다 하겠다. 그러나 이것도 판례를 영구히 고수하라는 것은 아니다. 영국에서마저도 판례계속을 부인하는 판결이 내려진 터이다. 그러나 판례계속의 원리로 보아 그것으로부터의 이탈은 Perelman의 ‘관성의 원리’를 충족시켜야 할 것이다. 즉 전통과의 결별을 뒷받침할 ‘충분한’ 근거를 거증할 논증책임을 져야 할 것이다.”



법체계 내부로 들어온다.

동태적이고 가변적인 법원리가 출현하는 판결은 현행 성문법의 외부적 자원을 활용한 결정이라고 할 수 있다. 변화(crisis)의 단계에서 법원에서 법형성 판결을 내릴 수 있도록 역동성을 제공하는 것이 '법원리'이다, 법원리는 추상적이기에 그 실질을 충전(充填)할 수 있으며, 법원은 문제사안에 적합한 결정이 산출될 수 있도록 법원리의 구체적 내용을 충전하여서 일정한 결론을 내린다.

## 제2항 현행법 비판과 법 변화의 방식

### 1. 비판과 실천적 변화의 과정

현행법에 대한 비판적 사고는 법의 변화를 촉발한다. 그런데 법실증주의자와 자연법주의자에게 있어서, 현행법에 대한 비판과 대안적 규범의 모색은 어느 정도의 거리를 지니는가? 좀 더 정밀하게 질문을 던지면, 법실증주의와 자연법주의자에게 비판과 실천의 두 개념은 어떠한 층위에서 존재하는가?

법실증주의자에게 현행법에 대한 비판과 그에 기한 대안적 규범의 모색은 - 당연히 연계되기는 하나 - 다른 차원에 위치한다. 강제력 있는 사회적 실행으로서의 실정법이 부족하거나 잘못된 점이 있다고 하더라도, 그러한 비판에서 대안의 실행이 곧바로 추동력을 갖지는 않는다. 그러나 자연법주의자에게 현행법에 대한 비판과 그에 기한 대안 - 충실한 자연법주의자는 '대안'이라는 표현보다 '본질'이라는 표현을 더욱 선호하겠으나 - 적 규범의 모색은 같은 차원에 존재한다. 응당 그러해야 하는 규범, 다시 말하여 '자연법'은 실정법에 대한 비판이자 동시에 실정법에 대한 대안으로서 거의 동시에 - 법실증주의자에게는 짧은 길든 분명 시차(時差)가 존재하나 - 떠오른다.

‘그 법(악법)은 법이 아니다’라는 - 일견 모순적 - 문장은 현존과 당위가 혼재되어 있다. ‘그 법은’이라는 주부에서의 법은 문제가 되는 법률을 말하며, ‘법이 아니다’라는 술부에서의 법은 타당하고 마땅한 법을 의미한다. 현존하는 실정법이 타당하고 마땅한 내용으로 ‘변경’되어야 함을 강조하는 문장이라고 할 수 있다. 이는 실정법을 평가하고 변화시키는 자연법이론의 비판적이고 실천적인 측면을 명확하게 보여주는 문장이다.

법체계는 사회체계 내에 존재하기 때문에, 법은 끊임없는 변화의 과정 속에 놓여 있는 가변적인 것이다. ‘건전한 상식’ 역시 사회 구성원들의 생각에 따라 유동적이다. 자연법의 관점에서 보았을 때 이는 비고정성·가변성은 불안의 요소가 된다. 비난 받아 마땅한 극악한 내용 혹은 편협하고 어리석은 내용의 법규가 - 거시적으로 보았을 때에는 - 통상의 법규범과 비슷한 지위를 점한다는 것이 불안을 유발한다.

규칙은 행위를 제약하고 동시에 가능하게 해주는 것으로서, 행위과정 속에서 끊임없이 재생산되고 또 변형된다. 규칙은 행위를 매개하는 매개체인 동시에 행위의 결과물이다. ... 마찬가지로 법도 고정되어 있는 것이 아니라 끊임없이 변화하는 유동적인 것이다. 규칙과 규칙의 일종인 법은 고정적이지 않다. 그것은 일반 행위자의 행위를 제약하는 동시에 가능케 하고 그와 동시에 행위에 의하여 재생산되고 변형되는 것이다. 법은 행위자의 행위에 의하여 끊임없이 [창]조되고 재생산되고 변경되는 역동적이고 문제적인 현상이다<sup>123)</sup>.

다만, 법실증주의 입장에서는 그러한 법의 변화가 의식적·제도적으로 가능한 것이지 악법이라는 판단만으로는 가능하지 않음을 말한다. 즉, 법실증주의 입장에서는 “그 법은 악법이므로 법이 아니다”라는 언명이, 법실증주의 관점에서는 “악법도 법이지만, 우리는 그 법을 변경할 것이다”라고 정리된다. 현실과 이상의 차이를 두고, 이상에 합치하지 않는 현실

---

123) 김도현(1997), 사회학적 법개념에 관한 연구 : 구조 차원과 행위 차원의 법 이 중성, p.77

이 저절로 변경되느냐, 아니면 일정한 변경 행위를 거쳐서 변경되느냐 하는 차이이다<sup>124)</sup>.

다시 말하여, 법실증주의에서 ‘비판’과 ‘대안 모색’이 연결은 되어도 서로 다른 층위에서 존재하는 개념이라고 한다면, 자연법주의에서는 ‘비판’이 곧 ‘대안 모색’이다. 왜냐하면 자연법주의에서 현행법을 비판하는 논리는, ‘대안(진정한 자연법)’에 어긋나는 현행법의 부조리함을 ‘비판’하는 구성 방식을 취하고 있기 때문이다. 자연법주의에서 특정한 현행법을 비판하는 방식이 바람직한 ‘대안’과의 괴리를 지적하는 방식으로 이루어지기 때문에 자연법주의에서의 비판은 곧 대안의 제시와 동일한 개념적 차원에 존재할 수밖에 없게 된다.

알렉시는 “정의의 근본원리들에 명백하게 반하는” 불법이 법으로서의 지위를 박탈당하고 법으로서의 효력을 부인하는 논리를 다음의 판결을 통해서 설명한다.

연방헌법재판소는 나치의 ‘법’ 규정에 대하여 법으로서의 효력을 부인하

---

124) 이는 부정할 수 없는 문제가 있는 악법에 대하여, 행위 주체의 이중적 정체성에 따라 상황 여건에 맞는 다른 태도를 취하라는 칸트의 입장을 설명해준다. 칸트는 악법을 비판하는 것은 시민적 자유이나, 그것을 준수하는 것은 의무라고 설명한다. 아무리 악법이라도 공무를 수행하는 공직자의 입장에서는 그를 철저히 준수하여야 하며, 퇴근하여 직무를 담당하지 않는 때에는 자유로운 시민으로서 악법을 마음껏 비판할 수 있다는 칸트의 철학은 이상적 법과 현실의 법을 나누어 상황에 적합한 대처를 요구한다. 이하는 칸트의 이원론적 입장에 관한 개략적 설명이다.

“칸트의 철학은 이상과 현실을 엄격히 구별하는 이원론의 입장을 취하고 있다는 점에서 그 근본적인 특성의 하나를 나타내고 있다. 한국의 개화기 이후의 법학은 칸트의 이원론의 영향 아래에 있어 왔다. 칸트의 이원론의 내용은 다음과 같다. “우리가 현상계에서 확립할 수 있는 자연과학의 지식은 현상계 이외의 세계에까지 미칠 수는 없다. 즉 현상계의 배후에 있는 물자체(Ding an Sich)는 자연과학적 개념 구성의 한계 밖에 있다. 그리고 이러한 한계 밖의 세계는 실천이성이 지배하는 세계인 데 반하여, 여기에서 실현될 도덕의 이상은 인간의 노력에 의하여 실현되어야 한다는 것, 다시 말하면 당위(Sollen)인 것이며 있는 그대로의 존재의 세계인 것은 아니다. 사실의 세계는 약간의 예외도 허용될 수 없는 인과율이 지배하는 것이지만 이상에 의하여 규정된 도덕의 세계에는 사실의 여하에는 관계되지 않는 당위의 법칙이 시행되고 있다.” 라트부르흐가 법의 당위와 법의 존재는 각각 별개의 고유 법칙에 의하여 지배된다고 하여 방법이원주의를 수립하였을 때의 근거가 칸트의 이원론에서 흘러나온 것으로 추정된다. (김철, 한국법학의 반성, 한국학술정보, 2009, p.109, 각주 54번)”

는 데 찬성한다. 왜냐하면 나치의 법규는 정의의 근본원리들에 명백하게 반하고, 따라서 법관이 그 규정을 적용하거나 그 규정의 법적 효과를 인정하려고 한다면 그는 법 대신 불법을 선언하게 되기 때문이다.

[BVerfGE 3, 58(119);6, 132(198)]<sup>125)</sup>

이러한 자연법주의에서의 현행법 비판 방식은 당위와 현존을 혼동하는 개념적 혼란을 야기하기도 하지만, 오히려 그로 인하여 - 바람직한 대안과 현행법 사이의 괴리를 지적하는 방식으로 인하여 - 비판의 실천력이 더할 나위 없이 높아지는 효과도 함께 수반한다.

비실증주의에서 정의에 반하는 법을 법으로 인정하지 않을 때, 그 근거를 제공하는 중요 논리는 법의 효력론이다. 법의 효력은 법의 개념은 밀접하게 연관되었으며, 법의 여러 다층적 효력 중 ‘정당성’이라는 효력이 결여되면 법개념의 완결성 측면에서 문제가 발생한다.

“법개념을 추구하는 일은 언어적 명확성을 기하기 위한 문제만이 아니라 현실에서 만족스러운 법적 해결책을 찾는 데도 도움이 되지 않으면 안 된다. (...) 그러자면 법개념 논의에서 우리는 법오용 내지 법왜곡의 현실상황도 고려하지 않을 수 없다. 입법자들이 언제나 최선의 입법을 하는 것은 아니며, 아니 심지어는 최악의 입법을 감히 획책하기도 하기 때문이다. 이러한 극단적 상황에서는, 즉 극단적인 부정의를 내용으로 하는 규범에 대해서는 효력을 인정할 수 없으며, 그러므로 법으로서의 성격 또한 박탈할 수밖에 없다. 만약 법이 너무나도 내용적으로 부당하면 효력이 없고, 효력이 없으면 법이 아니다 라고 말할 수밖에 없게 된다. 법관에게든 시민에게든, 법의 이름으로 이유 불문의 복종을 요구하는 이른바 ‘판단의 행복’은 받아들여질 수 없다.<sup>126)</sup>”

이처럼 비실증주의 입장에서는 정당성 측면에서 법의 효력을 강조한다. ‘법률적 불법’에 대한 불법<sup>127)</sup>의 논리적 배경이 되기 때문이다. 이처럼

---

125) 로버트 알렉시 著, 이준일 譯, 법의 개념과 효력, p.17

126) 박은정, 전게서, pp.55-56

럼, 법실증주의 입장에서의 현행법 비판은 권위적 개폐 작업을 반드시 요하기 때문에 그러한 실천이 따라주지 않는 경우에는 단순히 비판의 층위에서 그치고 마는 문제를 가질 수 있으나, 자연법주의에서의 현행법 비판은 온당한 자연법에의 어긋남을 이유로 비판받는 것이기에 마땅한 규범적 상태를 ‘회복’해야 하는 과제를 필연적으로 수반하기 때문이다<sup>128)</sup>.

## 2. 비판의 방식과 법의 변화방식

법실증주의와 비실증주의는 ‘비판적 사고’에 있어서는 동전의 양면과 같다. 하지만 비판적 사고가 즉자적(卽自的) 실행성을 가지는가 여부가 달라진다. ‘악법(惡法)은 법인가?’라는 질문이 가지는 비판적 기능을 무시할 수는 없다. ‘악법은 법이 아니다’라는 언명에는, 그러한 악법을 ‘이제는 더 이상’ 사회의 준거 규범으로 삼고 싶지 않다는 의지와 회구가 내포되어 있다.

‘악법’에 관한 법실증주의와 비실증주의가 취하는 결론은 중국적 차원에서는 큰 차이가 없다. 문제가 감지되는 이른바 ‘악법’이 ‘변화’할 필요가 있다는 ‘비판적 문제인식’에 있어서는 양자가 동일한 입장을 취하고 있기 때문이다. 우리가 어떠한 법을 두고 ‘악법’이라고 평가하는 이유는, ‘법의 변화’를 요청하기 때문이다. 법의 변화를 촉구하는 비판적 사고에 있어서만큼은 법실증주의와 비실증주의의 시작과 결론이 동일하다. 다만

127) 김도현, “사회학적 법개념에 관한 연구”, p.31

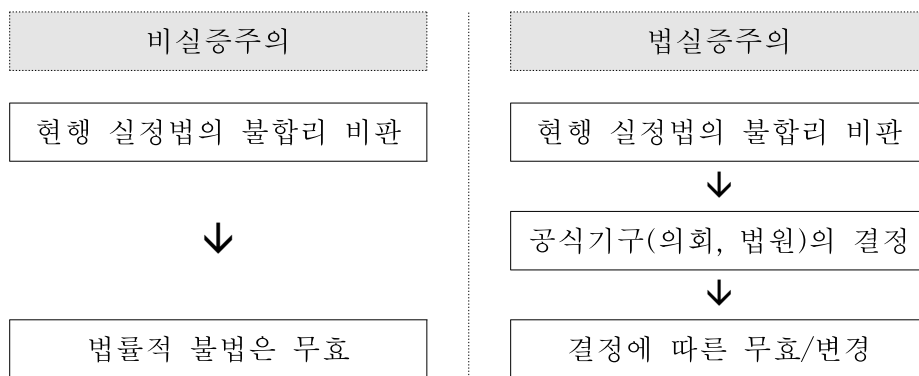
: “사회학에서 말하는 정당성이란 정의나 합목적성 같은 법이념의 영역보다는 법효력론에서 논의되는 승인의 문제에 대단히 가깝다. 사회학적 정당성이란 질서의 타당성에 대한 주관적인 믿음을 의미할 뿐, 질서가 정의로운 것인가에 대한 물음은 아니다. 정당성은 일반 행위자들이 자기가 속한 질서에 복종해야 한다고 믿는 정도인 것이다. 물론 이것은 복종에 대한 명확한 자의식을 요구하지 않고, 복종에 대한 명시적인 표현도 요구하지 않는다. 단지 복종해야 한다는 믿음을 어렴풋이 가지고 있고 그것이 실제 행동으로 드러나면 그것은 정당성을 누리는 질서이다.”

128) 이를 또 다른 각도에서 보면, 자연법은 ‘섭리’와 ‘본유적 이성’을 강조하고 있으나, ‘사회적 실행’을 강조하는 법실증주의가 보다 더 투명하고 비판에 열려 있으며 또한 정치적 차원에 있어서도 더욱 민주적이라는 평가도 가능하다.

그 논리적 과정이 상이할 뿐이다.

반성과 성찰을 통해서 법의 변화가능성을 열어두는 점, 그리고 현행 실정법을 비판적으로 점검하는 측면에 있어서 법실증주의와 비실증주의 양자는 같다. 현행 실정법의 ‘한계’와 ‘변화 가능성’에 있어서는 어느 이론을 취하건 같은 결론을 내릴 수 있다. 다만 현행법을 비판하는 방식의 차이가 양자를 구분하는 분기점이 된다.

[표 2-3 : 현행법 보완·변경의 방식 비교]



법실증주의는 사회적으로 인정받을 수 있는 규범 개폐가 필요함을 강조하고 비실증주의는 자연법으로 상징되는 인간의 이성과 도덕적 근본원리의 모색을 강조한다. 법실증주의와 자연법주의는 같은 내용을 두고 다른 설명과 비판의 방식을 채택한 것이라고 할 수 있다. 현행 실정법에 관한 법실증주의와 비실증주의 양자의 비판적 접근을 간명한 표현으로 풀이하면 상기와 같이 구성된다.

법실증주의에서는 어떠한 법을 ‘악법’으로 판단하거나, 혹은 특정 법률이 아무리 악법이라는 확신이 든다고 하더라도 ‘법이 아니다’라고 말하는 것이 쉽지 않다. 가치의 통약불가능성을 양보하여 ‘법이 아니다’라는 보편적 판단이 가능하더라도 이는 도덕적 판단이지 법적 판단일 수는 없다.

판단과 행위 주체와 유리된, 객관적 법규범의 존재는 현실적 설득력이 미약하다. 개념 층위에서 아무리 이성적·도덕적 법을 상정한다 하더라도,

실천이 없다면 해당 규범은 진공상태에 머무를 뿐 법이라고 보기는 어렵다. 따라서 법을 사회적 실행(social practice)로 보는 법실증주의가 우리 사회의 법현실에 대한 더욱 높은 설명력을 가진다. 법은 외부의 물리적 실체를 가지지 않는다. 법으로서 ‘인지’되지 않으면 법으로서 ‘존재’하는 것이라고 볼 수 없다. 어떠한 기준 내지 주장이 법으로서의 지위를 얻기 위해서는 법으로서 인지되어야 한다. 보편적으로 인식되는 ‘정의’는 상정하기 어려워도, 보편적으로 인지되는 ‘법’은 상정 가능하다. 이를 다른 측면에서 강조하자면, 법체계는 사회 체계 내에 존재한다. 법이라는 규범 체계는 인간이라는 인식 주체와 분리되는 독자적 객체로 존재할 수는 없다. 보편적 이성이 담긴 자연법이라는 ‘객체’는, 중국적으로는 합리적인 결정을 위하여 노력하는 인간이라는 인식과 판단의 ‘주체’와 분리 불가능하다. 법의 내용은 중국적으로는 수범자인 인간 주체에 의해서 영향을 받는다.

법의 변화는 법체계 그 자체의 내부에서 진화의 동인을 찾을 수 있는 것이 아니며, 법체계를 구성하는 인간 사회의 변화가 투영된 것으로 보는 것이 정확한 이해가 될 것이다. 국가체계·정치체계 내에서 법체계가 존재하며 인간의 사회생활을 규율하고 있으므로 사회 환경과 정치의 변화는 법체계의 구성적 요소에 영향을 끼치게 마련이다. 만약 법체계가 존재하는 사회가 오히려 응답적 법을 요구하는 사회에서 억압적 법을 요구하는 사회로 변화하였다면, 탈근대적 실질법에서 형식적 법이 더 어울리는 사회로 변화하게 되었다면, 법은 그에 맞추어 변화하였을 것이다. 따라서 사회의 변화와 법의 변화를 분리하여 설명하기는 어려우며 법의 진화를 순수하게 법체계만의 진화적인 무엇으로 보는 것은 적합하지 않다<sup>129)</sup>.

---

129) 법의 진화에 관하여 Teubner는 법은 외적 자극과 내적 논리 모두를 통해 진화한다고 말한다. Teubner는 Luhman 이론을 받아들여, 법적 진화는 법체계 내부의 변이와 함께 외부 사회 환경의 변이를 통해서 촉발된다고 설명한다. Teubner는 법의 변화 내지 진화가, 형식적 법 → 실질적 법 → 반성적 법 순서로 이루어진다고 말한다. Teubner가 설명하는 ‘내부적 진화’란 법체계 내에서의 세부적 공고화와 구체적 내용의 보강에 가깝다고 평가할 수 있으며, 인간 사회와 유리되어

### 3. 가시적 객체와 비가시적 주체

자연법 담론에서 누락된 요소가 있다. 법 규범은 인간의 행위 - 판단, 선택, 실천 등- 와 결합하여 작동한다는 사실이다. ‘자연법’은 인간에 관한 법이나, 현재의 사회 실정법과 분리 가능한 자연법을 상정한다는 점에서 ‘진리외재설’의 모양을 취한다. 그러한 논의의 대상이 인간 사회의 질서의 총화인 법이라는 점에서 외재(外在)하는 진리로서의 법 관념은 충분한 설명력을 가진다고 보기 어렵다. 이는 인간의 ‘이성’이 그 주체인 인간과 분리된다고 하는 것과 비슷한 논리이다.

독자적 별개로 존재하는 자연법이라는 관념은, 인식 주체의 모습을 가림으로써, 그러한 차폐 속에서 대상으로서의 법만 존재하는 것으로 오도하기 쉽다. 우리가 법을 논의할 때 법이 그 자체로서만 독자적으로 절연하여 존재하는 것이 아님을 유의해야 한다. 법은 법이 작용하고 있는 ‘사회’와 그러한 법을 수용하는 ‘행위주체(human agent)’를 전제하여야 한다. 이성이 혼자 저절로 작동하지는 않는다. 인간의 인식과 판단이라는 행위 작용과의 결합이 있어야 한다. 이성과 논증 작용에는 인적 요소의 개입이 필요하다. 객체가 인식·판단 주체와 동떨어져 존재할 수 없다. 법이라는 객체의 돋보이는 가시성(可視性)과 비교할 때, 비가시적이기 쉬운 인식·판단의 주체는, 종종 주체의 존재 자체를 잊게 만든다. 자연법이 이성의 총화(總和)로서 객관적으로 존재하는 것이 아니라, 인간 사회가 기존의 상황보다 더욱 합리적으로 변화하며 자연법을 구성하는 것이다<sup>130)</sup>. 인간이라는 인식과 판단의 주체가 변화하지 않는다면, 자연법이라는 객체도 변화할 수 없다.<sup>131)</sup>

---

존재하는 독자적인 법체계의 진화를 상정하는 것은 비현실적 논의라고 하겠다.

130) 법의 연원 내지 법의 원천(源泉)에 관한 자연법이론은 다분히 ‘신화적’ 혹은 ‘종교적’ 요소를 가진다. 부정의로부터의 ‘구원’을 찾는 종교적 색채 역시 가지고 있다. 자연법이 실정법의 상위라는 생각은 신앙의 위계질서와 유사한 논리적 구조를 가진다. 법이라는 객체와 인간이라는 판단과 행위의 주체가 분리될 수 없음을 명확하게 인지하는 것은, 법의 연원에 관한 탈(脫)신비주의를 가능케 한다.



독립적 별개로 존재하는 법체계라는 관념은 법의 본질적 성격상 - 무정물을 대상으로 하는 물리학 등 자연과학이 아니라, 인간 사회를 대상을 규율과 질서를 부여하는 법의 속성을 감안할 때 - 설득력이 부족하다. 이는 법을 도덕과 분리시키는 법실증주의를 택하는 입장에서 더욱 그러하다. 인간의 이성은 초연하게 따로 존재하는 객관적인 실체가 아니라, 인간이라는 주체와 함께 있다. 따라서 법은 인간(agent)이라는 사회적 존재와 결합하여 형성, 존재, 유지, 변화한다. 따라서 법과 도덕이 무관한 것이 아니라, 법은 인간의 것이고, 인간의 행위와 가치는 - 당연히 계도 - 도덕과 불가분의 관계이다. 법과 도덕 양자의 관계를 논할 것이 아니라, 인간과 법, 인간과 도덕을 논해야 한다. 법과 도덕의 본질적 관계가 어떠한가에 관한 논의에서 간과하지 말아야 할 것은 그러한 법과 도덕을 수용하는 인간 행위주체에 관한 것이다. 행위 주체를 논의에서 배제하고 법과 도덕의 관계를 논의하는 것은 공허한 담론이 될 소지가 크다<sup>132)</sup>.

법실증주의에 대한 오해는, 법실증주의가 내재적 이성보다 '결단'을 중시함으로써 정의를 보다 쉽게 부정할 가능성이 있다는 것이다. 하지만 법실증주의는 인간 주체의 판단을 중시하는 것이지, 도덕에 무관심한 것이 아니다. 자연법의 본성(nature)은 인간의 본성 중 특정한 정향을 지닌 일부 본성이다. 이러한 연유로 정치질서 안에 법질서가 존재하며, 법의 영역은 정치의 영역 내에 있다. 법에 관한 현실적인 논의가 이루어지기 위해서는 인간 행위주체와 사회의 규범질서에 관한 분석이 필요하다.

---

131) 인간이 합리적으로 되려고 노력하기 때문에 법의 내용이 이성적일 수 있다. 즉, 인간의 합리성 추구가 법에 합리성을 부여한다.

132) 도덕이 인간 없이 존재할 수 있는가? 그렇지 않다. 법이 인간 없이 독자적으로 성립할 수 있는가? 그렇지 않다. 가치의 판별과 권위의 위계는 모두 사회적 상호작용과 인간 주체의 평가·판단 행위와 결부된다.

## 제 3 절 법원리의 의미와 특성

### 제1항 법원리의 의미

#### 1. 법체계와 법원리

법원리는 법체계 전반의 규범이 지향하는 바를 표상한다. 법원리는 의회가 법을 제·개정할 때 입법지침으로서 방향성을 제공하며, 또한 법원이 구체적 사안에 적합한 결정을 내림에 있어서 법질서와 사회정의론 논거로 삼을 때 거명된다. 보통 법원리(法原理; legal principle)는 법질서를 향도하는 일반 이념으로 널리 이해된다. 사물의 본성(Natur der Sache) 혹은 우리나라 민법 제1조에서 말하는 조리(條理), 신의성실의 원칙, 제103조의 사회질서 등이 법원리로 환치될 수 있거나 친연관계에 있다.

물론, ‘법원리’라는 것도 사실상 그 층위가 다양하다. 따라서 주요 개념을 다름에 있어서 법원리라고 단순히 지칭하는 것에 주의할 필요가 있다. 하지만 법원리는 직접적이지 않다는 점에서, 법적 요건과 효과가 구체적으로 정해져 있는 법규칙과 구별된다<sup>133)</sup>.

‘법원리(legal principle)’는 일반·추상성이 두드러지는 규범으로서, 규범의 일반성에 반비례하여 규범적 밀도(density)는 매우 낮은, 다시 말해

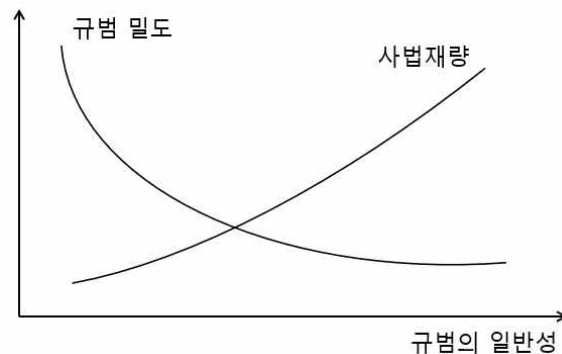
---

133) 김형석, 법발견에서 원리의 기능과 법학방법론, pp.10-11

: “원리가 법질서에서 가지는 지위와 역할을 해명하기 위해서는 우선 규범과 대비되는 원리의 개념을 규정할 필요가 있다. 이에 대해 예씨는 성질을 달리하는 여러 종류의 원리들을 포괄하여 하나의 정의를 내리기는 쉽지 않지만, 적어도 다음과 같은 (소극적인) 점은 공통으로 한다고 말한다. 즉 원리는 특정 문제에 대한 직접적이고 구속력 있는 지시를 포함하지 아니하고 재판이나 입법이 그러한 지시를 가공해 낼 것을 요구한다는 점에서, 범명제나 법규범과 구별된다. 여기서 지시(Weisung)라는 표현은 일정한 요건을 전제로 함을 의미하므로, 규범은 사안 포섭에 의한 적용을 가능하게 한다는 점에서 원리와 구별된다고 할 수 있다. 반면, 원리는 그 자신이 지시가 아니며, 지시의 근거, 기준, 정당화이다. 결국 규범은 요건과 효과가 구체성을 갖추어 사안 포섭에 의한 법률효과 도출이 비교적 명확한 당위를 말하며, 원리는 그러한 성격을 결여한 보다 일반적인 당위를 의미한다고 보인다. 요컨대 법원리 대 법규범의 관계는 내용 대 형식의 관계인 것이다.”

내용적으로 ‘성건’ 규범이다. 법규칙과 법원리의 관계는 정도(degree)의 차이가 있는 연속적인 관계(continuum)에 놓여 있다. 따라서 법원리의 개념적 층위는 다양하다고 볼 수 있다.

〈그림 3-1: 규범의 일반성과 규범의 밀도〉



사법부는 구체적 사안에 적합한 판단을 내리기 위하여 법원리를 활용하는 경우가 많다. 기존 규범으로 포섭할 수 없는 새로운 유형의 사안에 적합한 결론을 산출하거나, 현행 법리를 변경함으로써 보다 적합한 결론을 산출할 수 있을 때, 사법부는 그 결정의 근거를 사회적 정의와 형평과 같은 추상적 법원리(principle)에서 찾고 있다.

“법원리주의란 법체계를 확정적 법규범과 법원리규범으로 구성된 체계로 파악하는 법체계론을 말한다. 따라서 법원리주의는 법원리규범 역시 확정적 법규범처럼 법으로서 구속력을 갖는다고 당연히 전제한다. 법원리의 주요 형태와 근원은 개인의 권리를 정당화하는 가치들 및 이념, 정치적 공동체의 운영과 작동에 관련된 가치들, 사회경제적 정책을 정당화하는 가치들 및 이념 등이다. 이를 ㉠권리에 관한 법원리(권리관련 법원리규범), ㉡기본적 사회구조의 구성에 관한 법원리(통치조직, 사회조직, 경제조직 구성원리들), ㉢정책적 판단에 관한 법원리(정책적 법원리규범들: 경제적 효율성, 합목적적성)으로 대별하여 볼 수 있다.<sup>134)</sup>”

법원리가 일반 법규칙과 단순히 추상성의 정도에 따라 양적으로 구분

134) 김도균, 법적 이익형량의 구조와 정당화문제, p.38

되는 것인지 그 논리적 성격에 따라 질적으로 구분되는 것인지에 관하여 대립된 이론이 존재한다. 예컨대 라즈는 법원리와 법규칙의 차이는 법정책적(legal policy) 차이라고 보면서, 법원리를 법규칙과 질적으로 구분되는 것으로 접근하지 않고 있다<sup>135)</sup>. 하지만 하트는 규범의 적용방식과 규범충돌 해결방식의 차이에 따라 법원리는 법규칙과 논리적으로 그리고, 질적으로 다른 것이라고 풀이한다.

## 2. 법원리와 법규칙의 구분

법원이 법규칙에 입각하여 판결을 내리는 경우와 법원리에 입각하여 판결을 내리는 경우 그 관찰되는 양상에 있어서 많은 차이가 보인다. 법규칙과 대비되는 법원리의 성격은, 내용의 ‘최적(最適)실현’과 규범충돌이 발생하는 경우 ‘형량(衡量)’을 통한 모순되는 내용의 조화, 법적 효과의 (상대적인) 불확정성이다. 법명제의 ‘요건’을 따져서 그에 따른 ‘효력’을 연역적으로 인정하는 방식이 아니라, 여러 가지 제반 사정을 고려하는 (all things considered) 종합적 사고방식이 동원되는 판결에 법원리가 등장하기 때문이다. 법규칙은 법명제가 먼저이고 그에 대한 법적 효과를 부여하는 결정이 내려지지만, 법원리는 종합적·정책적 검토를 통해 적합한 결정이 먼저 산출되고 그에 대한 규범적 성찰과 재검토가 이루어진다고 함이 현실을 정확하게 설명할 것이다. 특정한 법원리를 통해서 일정한 법효과가 도출되는 것은 아니며, 하나의 사안에 서로 다른 방향을 제시하는 여러 개의 법원리가 존재하는 경우도 빈번하다. 따라서 법원리가 논증에 활용되는 경우 법원은 ‘형량’이라는 사고방식을 채택하게 된다.<sup>136)</sup>

135) Raz(1972), Legal Principles and Limits of Law, p.842

136) 다만, 법원리의 활용이 형량(衡量, balancing)을 요청하지만, 형량의 사고방식이 곧 법원리에 근거한 사고를 의미하지는 않는다. 법규칙의 의미를 확정하기 위해서도 형량을 진행하는 경우가 존재하기 때문이다. 하지만 법규칙과 법원리를 대별할 때, 법원리를 활용한 논증에서 형량의 사고방식이 두드러지는 것을 관찰할 수 있다.

## 4. 드워킨과 알렉시의 차이

### 가. 드워킨의 법원리 이해

드워킨과 알렉시는 법원리가 단순히 추상적인 성격을 지닌다는 것을 넘어서서 보다 정교한 이론을 구축하였다. 알렉시와 드워킨은 법규칙과 구분되는 법원리의 고유한 특성에 집중함으로써, 법규칙과의 대조적 구별이라는 접근방식을 통해 법원리에 관한 정밀한 이해를 추구한다.

드워킨은 법규칙과 법원리를 논리적으로 구별 가능하다고 하면서, 양자는 법적 효과 및 타 규범과의 모순·충돌하는 경우의 모습이 다르다고 한다. 드워킨은 원리와 규칙을 대조적으로 구분하면서, 원리는 규칙이 지니지 않은 차원, 즉 비중(weight)이나 중요성(importance)의 차원을 지니고 있음을 강조한다<sup>137)</sup>. 법규칙이 all or nothing의 속성을 지니고 있음에 반하여, 법원리는 비중과 중요성에 의해서 조정될 수 있는 속성을 지닌다. 법규칙은 해당 요건이 확인이 되면 곧바로 법적 효과가 발생함에 반해서, 법원리는 그 요건을 충족하더라도 어떠한 방향을 제시할 뿐 특정한 법적 효과가 자동적으로 도출되지는 않는다.

또한, 법규칙과 법원리는 규범충돌 상황에서 두드러진 차이를 보인다. 법규칙이 다른 법규칙과 충돌하는 경우 양자택일적 방식(all-or-nothing fashion)의 법규칙은 어느 하나의 규범을 선택하면 다른 하나의 규범이 그 효력을 상실해야 한다. 그 중 하나는 반드시 무효가 되어야 하는데, 하지만 법원리가 다른 법원리와 충돌하는 경우 충돌하는 원리 간 상대적 비중(weight)의 차이는 있지만 양립 가능하므로 법원리 중 하나가 효력을 잃는 것은 아니다. 법원리는 형량조화적 사고를 통해서 전체적·종합

---

137) Ronald Dworkin, The Model of Rules I, in: Taking Rights Seriously(7 edit.), 1994 pp. 26-28

적 방식으로 판단에 반영될 수 있다.

드워킨은 하트(Hart)로 대표되는 법 실증주의자들이 법을 규칙의 집합으로만 설명하는 것은 잘못이며, 법실증주의는 법원리의 존재와 작동을 제대로 설명할 수 없다고 비판한다. 드워킨이 하트를 비판하는 중요한 논거로 삼았던 점이, 하트가 법원리와 법규칙을 구분하지 않는다는 것이다. 안준홍은 드워킨이 설명하는 법원리와 법규칙 구별을 다음과 같이 정리하였다.

[표 3-1 : 적용법의 표면적 구조에 따른 법규칙과 법원리 구별<sup>138)</sup>]

		법적 요건	법적 효과
법원리		추상적	불확정적
법규칙	일반조항적 규칙	추상적	확정적
	통상의 규칙	추상적	확정적

#### 나. 알렉시의 법원리 이해

알렉시(Alexy) 역시 법규칙과 법원리를 구분하면서, 보다 정밀한 방식으로 양자의 차이를 설명한다. 알렉시 역시 법원리와 법규칙을 대조적 이원론의 관점에서 이해하나 양자 구분의 기준에 있어서 드워킨과 차이가 있다. 알렉시는 드워킨이 말하는 법규칙의 ‘all or nothing’ 속성이라든가 법원리의 비중(weight) 개념을 수용하되 그것만으로는 설명력이 충분하지는 않은 개념으로 판단하고 법원리와 법규칙의 구분을 위한 기준을 재정비하였다.

알렉시에 의하면, 법규칙과 법원리는 지향하는 바가 다르다. 법원리는 최대한의 가능성을 실현하라는 최적화명령(Optimierungs-gebote)으로서의 성격을 지니는 반면, 그에 대비되어 법규칙은 확정적 명령(definitive Gebote)으로서의 성격을 지닌다. “원칙은 항상 잠정적 근거가 되고, 규칙

138) 안준홍(2008), “법원리를 법규칙과 구별할 가능성에 대한 비판적 고찰”, p.432 인용

은 예외가 규정되어 있지 않은 경우에 확정적 근거가 된다.<sup>139)</sup>” 법규칙은 확정적인 명령을 내리기 때문에 현실적 당위이고 그에 반하여 법원리는 최대한의 가능성을 실현하라는 것이기 때문에 이념적 당위라는 것이다. 따라서 법원리 간 규범충돌 상황은 원천적으로 발생하지 않는다<sup>140)</sup>.

원칙[원리]의 논거의 기초가 되는 것은 규칙과 원칙[원리]의 구분이다. 규칙이란 구성요건이 실현되면 확정적인 법적 효과를 발생시키는 규범이다. 즉 일정한 전제 조건이 실현되면 확정적으로 어떤 것을 명령, 금지, 허용하거나 확정적으로 무엇인가를 수권하는 규범이다. 따라서 규칙이란 간단히 말해서 “확정적 명령”이라고 부를 수 있다. 규칙의 특징적인 적용방식은 포섭이다.

그에 반해서 원칙[원리]은 최적화 명령(Optimierungsgebote)이다. 그 자체로서 원칙[원리]은 어떤 것을 사실적 가능성과 법적 가능성에 따라 상대적으로 가능한 한 최대로 실현시키라고 명령하는 규범이다. 이것은 원칙[원리]이 상이한 정도로 실현될 수 있다는 것과 원칙[원리] 실현의 명령 정도는 사실상의 가능성과 함께 법적 가능성에 의존한다는 것을 의미한다. 원칙[원리] 실현의 법적 가능성이란 규칙에 의해서뿐만 아니라 본질적으로 충돌하는 원칙[원리]에 의해 결정된다. 이것은 원칙[원리]이 형량(Abwägung)할 수 있는 규범이며 형량이 필요한 규범이라는 것을 함축한다. 형량이란 원칙[원리]의 특징적인 적용방식인 것이다<sup>141)</sup>.

알렉시에 의하면, “원칙은 항상 잠정적 근거가 되고, 규칙은 예외가 규정되어 있지 않은 경우에 확정적 근거가 된다”<sup>142)</sup>. 이러한 알렉시의 분석은 법원리의 추상성을 다른 측면에서 바라본 것이다. 법규칙이 확정적이고 현실적인 지시 사항이 명확하다는 것은 법규칙의 구체성과 (그로 인한) 명확성에 기인한 것이고, 법원리가 어떠한 방향을 제시하면서 그를 법적으로 가능한 한 실현하라는 것은 법원리의 내용이 추상적이기 때

139) Alexy 著 이준일 譯, 기본권이론, 한길사, p.135, 2007

140) 박정훈, 환경법상 기본원칙들의 법이론적 분석, p. 5

141) 로버트 알렉시 著, 이준일 譯, 법의 개념과 효력, 2007, pp.106-107

142) 로버트 알렉시 著, 이준일 譯, 기본권이론, 2007, p.135

문에 그 현실적 실행을 결정하는 법원이 어떠한가에 따라서 달라지기 때문이다.

“지금까지 설명한 것들에서 나오는 첫 번째 중요한 속성은 규칙과 원칙이 갖는 잠정적 성격(primae facie-Charakter)의 차이다. 원칙은 어떤 것을 법적 가능성과 사실적 가능성에 따라 상대적으로 가능한 한 높은 정도로 실현된 것을 명령한다. 이로써 원칙은 ‘확정적’ 명령이 아니라 ‘잠정적’ 명령이다. 어떤 원칙이 어떤 사안에서 문제가 된다고 해서 그 원칙이 이 사안에서 요구하는 것이 결과적으로도 효력을 갖는 것은 아니다. 원칙은 서로 충돌하는 다른 근거에 의해서 배제될 수 있는 근거다. 근거와 반대근거 사이의 관계가 어떻게 확정되어야 하는지를 그 원칙이 결정하지 않는다. 따라서 원칙에는 서로 충돌하는 다른 원칙과 사실적 가능성에 비추어 확정되어야 하는 내용이 포함되어 있지 않다.

규칙에서는 사정이 완전히 다르다. 규칙은 다른 아닌 그것이 명령하는 바를 요구함으로써 법적 가능성과 사실적 가능성 안에서 확정적인 것을 포함한다. 이러한 확정적인 것은 법적 가능성과 사실적 가능성에 따라 실행되지 않을 수 있는데 이렇게 되면 그 규칙은 무효가 되는 것이다. 그러나 그와 같이 실행에 실패하지 않는다면 그 규칙이 말하는 것은 확정적으로 유효하게 된다.

따라서 원칙은 모두 동일한 잠정적 성격을 갖고, 규칙은 모두 다 동일한 확정적 성격을 갖는다. 드워킨이 이와 같은 모델을 생각하고 있는데 그에 따르면 규칙은 효력을 갖는 경우에 전부 아니면 전무의 방식으로 적용되고, 그 반면에 원칙은 하나의 방향을 지시하는 근거만을 가질 뿐이지 필연적으로 일정한 결과에 이르게 하지는 않는다고 한다.<sup>143)</sup>”

알렉시는 법규칙을 ‘현실적 당위(reales Sollen)’, 법원리는 ‘이상적 당위(ideales Sollen)’로 정리하면서, 법규칙의 적용은 포섭의 방식을 따르고 법원리는 법원리가 대변하는 이익이나 가치를 조율하는 형량의 방식을 따른다고 한다.

---

143) Alexy, 이준일 번역, 기본권이론, pp.131-132, (2007)



## 5. 법원리와 사법재량

이러한 법원리는 법명제의 요건과 효력이 정확한 법규칙과 비교할 때, 그 지시 내용이 불확정적이므로 사법재량의 여지가 커진다. 즉, 법원이 문제사안을 해결하기 위하여 법규칙을 적용하는 경우 사법재량이 작용될 여지가 극도로 낮은 반면, 법원리를 적용하는 경우에는 사법재량이 증대된다. 추상적 법원리의 내용은 불확정적 지시이므로, 그러한 법원리의 지시를 문제사안 해결에 가장 적합한 확정적 ‘지시’로 변환하는 과정에서 법원은 재량을 발휘하게 된다.

“법관이 원칙[원리]에 근거하는지 여부에 대하여 확인할 수 있는 기준은 그가 형량을 행하는지 여부다. 다음과 같은 명제가 타당하다. 즉 누군가 형량을 행한다면 그는 필연적으로 원칙[원리]에 근거한다. 왜냐하면 형량이란 근거들이 서로 대립하는 바로 그 경우에 반드시 행해지며, 대립하는 근거들이란 각각 그 자체로만 보면 판결에 대한 좋은 근거가 되기는 하지만 다른 판결을 요구하는 다른 근거가 없다고 해서 곧바로 확정적인 판결에 이르지 못하는 그런 근거들을 말하기 때문이다.<sup>144)</sup>”

이처럼 법원이 어떠한 논증 방식을 택하고 있는지를 관찰함으로써, 법원의 판단 논거가 무엇인지 - 그것이 법원리인지 혹은 법규칙인지를- 알 수 있다. 법원이 선택하는 논거의 종류와 논증의 방식은 밀접하게 결합되어 있다. 법원이 추상적 법원리를 논거로 활용하며 결정을 내릴 때에는 앞서 말하였듯이 ‘조율’과 ‘선택’이 가능하다. “확정적 법규는 구성요건이 충족되면 자신이 요구하는 내용이 100% 실현될 것을 요청하는 규범의 종류라면, 법원리는 그 내용이 가능한 한 최적으로 실현될 것 (optimization)을 요청하는 성격을 갖는 법규범”이다.<sup>145)</sup> 그러한 선택의

144) 로버트 알렉시 저, 이준일 역, 법의 개념과 효력, 2007, pp.107-108

145) 김도균, 법적 이익형량의 구조와 정당화문제, p.36

영역 안에서 최적화된 결정을 내리기 때문이다.

이 연구에서 법원리에 관심을 가지는 부분은 법원리의 ‘기능’적인 측면, 그리고 법원리가 활용된 판결이 법체계에 미치는 결과적 영향력이다. 법원리에 입각한 사고의 본질이 과연 무엇인지에 관하여 검토할 필요성이 있다. 법원이 법규칙에 입각하여 판결을 내리는 경우와 법원리에 입각하여 판결을 내리는 경우 그 관찰되는 양상에 있어서 많은 차이가 보인다. 법원리는 논증의 자원을 제공할 뿐만이 아니라, 논증의 구조 설계에서 중요한 역할을 한다. 법명제의 ‘요건’을 따져서 그에 따른 ‘효력’을 연역적으로 인정하는 방식이 아니라, 여러 가지 제반 사정을 고려하는 (all things considered) 종합적 사고방식이 동원되는 판결에 법원리가 등장하기 때문이다.

“법이 오직 실정적인 사회 연원에 따라 확인된 규칙들로만 구성되어 있다면, 규칙의 모호성 때문에 법관이 법적 결정 도는 법효과를 확정할 수 없는 사안들이 존재하는 경우에는, 법규칙들로만 구성된 법은 법관에게 결정을 위한 어떠한 기준도 제시하지 못하며, 이로써 법질서에 속하지 않는 법외적 기준에 따라 판단할 수밖에 없다는 것이다. 그렇다면 이 경우 법관은 결정에 있어 법질서에 구속되지 않게 된다. 그런데 실증주의 사고에 의하면 이러한 사법재량은 불가피하다.<sup>146)</sup>”

법원리에 입각한 사고는 법해석의 추론이 아니라, 사법재량이 발휘된 경우라고 봄이 적합하다. 샤우어(Schauer)에 의하면 보다 명확한 법규칙이 선호되는 이유는, 행위 결과에 대한 예측가능성(predictability)과 규범 집행의 효율성(efficiency) 때문이다<sup>147)</sup>. 즉, 판단 규범의 추상성이 높을수록, 다시 말해서 원칙 내지 원리에 가까워질수록 해당 규범을 적용하기 위해서 사리판단과 의사결정에 투입되어야 하는 지적 자원은 커진다. 법규칙을 적용하는 사안은 어느 정도 정형화된 판단 절차를 따라갈 수 있

---

146) 변종필(2011). 법규칙과 법원리 구별의 유용성과 한계, p. 297

147) Schauer, Thinking like a lawyer, p.193

는 수월성이 있는 반면, 법원리를 활용하는 사안은 판단 주체의 특별한 경험과 재능이 크게 요청된다. 이러한 노역(勞役)의 요청은 규범의 추상성이 높아질수록 그에 비례하여 사법재량의 크기 역시 증대함을 의미한다. 사법재량의 공간이 확장되는 것은 법원리로서는 결정의 부담이 커지는 것을 의미한다. 이러한 특성으로 인해서 “확실성과 신뢰도(certainty and reliability) 측면에서 법규칙이 법원리보다 선호”된다는 분석이 가능하다<sup>148)</sup>. 또한 법규칙은 단순히 법관의 자의적 판단에 대한 두려움 때문에 의해서만 선호되는 것이 아니라, 사회 공동체의 관점에서 우수한 장점이 존재한다.

## 제2항 법원리의 자리매김

### 1. 법원리는 법체계 구성요소인가?

법원리가 논증에서 활용되는 의의를 살피기 위해서는, 법원리가 법체계 구성요소인지에 관한 내용을 먼저 검토해야 한다<sup>149)</sup>. 다음의 견해처럼 법원리는 법체계 안에 당연히 포함되어 있다는 논리도 있으나, 법원리의 위치는 좀 더 정확하게 짚어볼 필요가 있다.

“적어도 어느 정도 발전된 법체계인 경우 그 법체계 안에는 반드시 법원리가 포함되어 있다. 법체계 안에 필연적으로 원리가 포함된다는 사실은 법과 도덕 사이에 최소한의 연관관계가 있다는 것을 뜻한다. 법체계를 올바르게 파악하기 위해서는 어느 정도 가치이론적 성향의 모색을 피할 수 없다. 그렇지 않으면 법체계 안에 엄연히 포함된 원리의 성격을 제대로 고찰할 수 없

---

148) Raz(1972), Legal Principles and the Limits of Law, p.841

149) 형식적 법체계론은, 법원리와 법규칙의 질적 구분에 관하여 실질적 법체계론과 비교할 때, 큰 의의를 강조하지 않고 있으나, 법원리가 법규칙과 상이한 것임은 법실증주의와 비실증주의, 형식적 법체계론과 실질적 법체계론을 떠나 법원리의 내용과 속성 등에 비추어 쉽게 판별 가능하다.

게 된다.<sup>150)</sup>”

드워킨은 법적 문제에 대한 정답을 찾기 위하여 법관이 법의 일반원리(principle)을 풀이하여 결정을 내리며, 법원리는 법체계 내부에 있다고 설명한다. 논증의 힘을 강조한 드워킨(Dworkin)의 ‘논증<sup>151)</sup>’은 정확하게 어떠한 개념 범주의 논증인지 확인할 필요가 있다. 드워킨은 어떠한 명제가 참(眞)이 되는 것은 논변에 의해서 가능하다고 주장하면서 법의 ‘논증적 특성’을 강조한다. 드워킨이 논증의 중요성을 강조한 이유 중 하나는, 치밀한 논증을 통해서 최선의 정답을 찾을 수 있다고 생각하였기 때문이다. 드워킨은 법적 문제에 대하여 정답(the right answer)을 찾을 수 있다고 보면서, 그를 위해서 총체적인 정합성을 법적 판단의 기준으로 삼아야 한다고 말한다. 구성적 해석(constructive interpretation)을 강조하는 드워킨은 법의 목적을 고려한 최선의 의무도출을 설파하고 통합성(integrity)로서의 법을 설명하였다. 드워킨은 법관이 법해석을 할 때에는, 현행 법체계 내에서 여러 유효한 기준(standard)들을 가장 정합적으로 잘 설명해냄으로써, 그 기준들이 도덕적으로 올바른 것으로 정당화시킬 수 있도록 해석해내어야 한다는 입장이다<sup>152)</sup>.

‘법원리는 실정법인가’ 하는 질문은, 법은 무엇인가라는 법 개념의 근본적인 질문과 맞닿으면서, 법실증주의와 비실증주의에 따라 서로 다른 답을 내놓게 한다. 알렉시와 드워킨 등 법원리 이론을 정교하게 발전시킨 비실증주의 입장에서는 ‘법원리’가 법체계 내에 존재한다고 본다. 이

---

150) 박은정, 자연법의 문제들, 세창출판사, 2007, p.63

151) Ronald Dworkin(장영민 옮김), 『법의 제국』, 아카넷, 2004, p.33

우리는 법에 관한 사회이론이 필요하지만, 바로 이 때문에 그것은 법철학적이어야 한다. 따라서 역사와 사회라는 자칭 더 큰 문제를 다룬다는 구실로 법적 논증의 구조를 무시하는 이론들은 잘못된 것이다. 그 이론들은 법적 논증의 내적 성격에 관한 문제들을 도외시하기 때문에, 그 설명은 빈약하고 결함이 있는 것이다.”

152) 즉, 드워킨의 ‘법해석’에는 법실증주의자들이 법체계 내부자원으로 여기지 않는 자연법적 요소, 즉 도덕적 논증이 포함되어 있다. 드워킨이 말하는 “도덕적 논증”을 형식적 법체계의 관점에서 바라볼 때, 이는 법체계 내부의 자원이 아닌 외부의 자원에 의존하여 논증을 진행한 것이다.

는 비실증주의 논변에서, “법에 있어서 실정법을 넘어서는 무엇(ein Mehr an Recht)” 내지는 ‘실천이성의 최고 원칙인 보편화 가능성’을 언급할 때 두드러지게 확인된다.

알렉시는 법과 도덕의 필수적 연관성을 주장하기 위한 이유로서, 체화명제, 도덕명제, 정당성명제를 세 가지 근거로 내세웠다<sup>153)</sup>. 체화명제는, 모든 발전된 법체계는 반드시 법원리를 포함하고 있다는 것이며, 이는 법과 도덕은 필수적 연관성을 가진다는 도덕명제, 실질법과 도덕적 논거의 연관을 말하는 정당성 명제와 이어진다. 알렉시의 논리에 따르면, 법원리는 반드시 법체계 내부에 있다. 따라서 법관이 특정한 가치 등을 반영한 법원리에 의거하여 판단을 내리는 경우 법관은 법체계의 어떠한 내부 구성요소에 의거한 결정을 내리는 것이다. 그러므로 어떠한 사안에서 법관이 도덕적 근거에 따른 판단을 내렸다고 하더라도 결정의 근거가 되는 도덕은 법원리와 필연적으로 연계되고, 법원리는 법체계 내에 ‘반드시’ 속하는 것이기 때문에 결론적으로 법관의 도덕적 판단은 법적 판단이라는 공식을 내보인다<sup>154)</sup>.

하지만 실정법주의 관점에서 이를 검토하면 법과 도덕 사이의 필연적 연관이 보증될 수 없기 때문에 법원리가 반드시 법체계 내부에 속한다고 보기는 어렵다. 알렉시에 따르면, 법원리는 추상성의 정도는 다양할 수 있으나 가장 본질적으로 중요한 점은 어떠한 도덕적 가치를 내포한다는 것이다. 하지만 알렉시 스스로 밝혔듯이 - 히틀러의 제3제국에서 표방한 인종 차별적 내용과 같이 - 그러한 도덕의 원칙이 항상 타당하다고 받아들여질 수 없는 경우도 있다.

알렉시의 주장은 추상성의 정도가 크든 작든 간에 법원리는 가치와 연계되어 있다는 점인데, 그러한 ‘가치’라는 것이 파악되기 힘든 것이라면 - 간명하게 파악되거나 아니면 세심한 논리적 사유에 의하여 파악되거

153) 로버트 알렉시 著, 이준일 譯, 법의 개념과 효력, 2007, pp.106-121

154) 논리 전체에 수궁하기 어렵기 때문에, 도덕적 판단은 법적 판단이라는 결론에도 수궁하기 어렵다. 도덕적 판단과 법적 판단의 필연적 연계성이 보장되지 않기 때문이다.

나 그 사고 과정에서 투입되어야 하는 정신적 에너지를 떠나서 논자마다 서로 다른 가치를 부여하게 되어 해당 법원리가 지향하는 내용이 과연 무엇인지에 관하여 사람들끼리 서로 비슷한 결론을 내릴 수 없는 경우 - 법원리가 가치와 필연적으로 연계된다는 주장은 비판받아야 한다.

법원리에 가치가 있다고는 하더라도 해당 가치가 실체적이지 않은 경우 사실상 그 법원리는 어떠한 의미와 가치를 부여하든 문제가 없다. 즉, 우리가 법원리를 거명하는 것은, 문제사안을 규율할 수 있는 구체적 내용을 식재(植栽)할 수 있는 공간, 상세한 논리를 접목 내지 착근시킬 지점을 찾는 것이다. 이러한 맥락에서 ‘법원리’가 논증에 등장하는 경우 이는 법체계 외부의 논거가 문제사안의 해결에 관여하는 경우로 정리 가능하다.

현실의 예를 검토할 때, 환경권 규정의 효력에 관한 다음의 대법원 판결은 법원리는 그 자체로는 법이 아니라고 말하고 있다. 법체계가 법으로 구성된 것이라는 개념정의에 충실하다면, 다음 판결의 관점에서는 법원리가 법체계 내부를 구성하는 요소라고 하기 어렵다.

헌법 제35조제1항의 환경권 규정만으로는 그 보호대상인 환경의 내용과 범위, 권리의 주체가 되는 권리자의 범위 등이 명확하지 못하여 이 규정이 개개의 국민에게 직접으로 구체적인 사법상의 권리를 부여한 것이라고 보기는 어렵다. (...) 사법상의 권리로서의 환경권이 인정되려면 그에 관한 명문의 법률규정이 있거나 관계 법령의 규정취지나 조리에 비추어 권리의 주체, 대상, 내용, 행사방법 등이 구체적으로 정립될 수 있어야 한다(대법원 1995. 5. 23, 94마2218).

사회적 사실로서의 법인 제정법, 판례, 관습법의 범주에 법원리가 포함되는지, 다시 말하여 형식적 법체계 내에 법원리가 존재하는지를 검토할 때, 법원리는 법체계 ‘내부’에 존재한다고 말하기 어렵다. 법원리를 그 자체로 ‘사회적 사실’로 바라보기 어렵다. 법원리가 형식적 법체계 내부에 존재하기 어려운 이유는, 알렉시가 말한 것처럼 원리는 불확정적 지기이

기 때문에 법원리 내용이 자명(自明)하거나 일의(一意)적이지 않기 때문이다.

라즈(Raz)의 설명에 따르면, 현대와 같은 가치 다원주의 사회는 통약불가능(incommensurable)한 여러 가치들이 존재하고 그러한 다양한 가치들을 쫓는 여러 대안들이 경쟁하고 있기 때문에, 이러한 가치와 대안의 각축장에서 각자가 달리 이해하고 저마다 상이하게 풀이하는 법원리로부터 정답을 도출하는 것은 불가능하다. ‘가치의 통약불가능성’에 관한 선스타인(Sunstein)과 라즈의 연구는 법원리가 실정법체계 내부의 요소로서 존재하기 어려운 이유를 설명한다. 법원리로부터 객관적이고 보편적인 결정을 끌어낼 수 없다면, 법적 결정을 위해서는 통약불가능한 가치들이 저마다 다른 해석을 주장하는 추상적인 법원리의 의미를 권위 있는 기관이 선택한다고 할 것이다.

## 2. 법원리의 자리매김

법원리의 위상과 기능은 면밀한 논리적 검토가 필요하다. 법원리가 실질적 법체계론에서 말하는 바와 같이 법체계 ‘내부’에서 작동한다고 할 수 있는지에 관해서는 보다 면밀하게 검토할 필요성이 있다. 법원리가 법체계 내부의 규범자원으로 존재하는 것인지 체계 외적인 것인지에 따라서 법원의 법형성 판결을 바라보는 관점이 달라질 수 있다. 만약 법원리가 법체계 내부에 존재하고 그에 따라서 일정한 결정이 내려지는 것이라면 법원의 판단은 법의 구성적 해석을 통해서 법의 통합성을 지키는 것이다. 그러나 법원리가 법체계 외부의 자원을 동원하기 위하여 활용되는 형식적 매개체라면, 법원의 법형성 결정은 도덕적 논거 혹은 사회정책적 논거를 활용한 판단이 된다.

법원리 논증을 현존 법체계 외부의 자원 - 사회정책적인 논거 - 을 활용하는 논증으로 이해되는 이유는, 법의 지도이념인, “정의와 형평의 관념”이 무엇인가에 관한 이해가 법체계 내부에서 완벽하게 얻어지기 어

려운 경우가 존재할 수 있기 때문이다<sup>155)</sup>. 우리 법원 내에서도 다양하게 나누어졌듯이, 초법률적 법형성과 법률에 반하는 법형성을 이론의 층위가 아니라 실제 사안에서 이견 없이 결론 내리기는 어렵다.

현행 실정법만을 사안에 적용할 때 현안에 적합한 답이 구해지기 어렵다고 생각하면, 법원은 법체계 외부의 자원들을 적극적으로 활용한다. 이때 법원은 논증 과정에서 법원리를 거명하여 정책적 판단을 뒷받침한다. 법원이 사회·정책적 이유를 고려하여 결론을 도출하고 이를 법원리를 통해서 논리 구성을 한다는 점에서, 법원리를 활용한 판결은 법체계 외부의 예비규범 자원을 활용한 결정이다.

법원리가 과연 법체계 내부에 진정으로 존재한다고 하면, 법체계의 정합성과 통일성 측면에서 비판을 가할 수 있다. 법원이 법원리를 근거로 특정 법규칙이 명문으로 지시하는 바와는 다른 결정을 내리는 것은 체계적 정합성을 고려할 때 쉽게 설명되지 않는 부분이 있다. 법원리가 법체계 ‘내부에 존재’한다면 그러한 법체계를 구성하는 부분적 요소인 특정 법규칙의 효력을 제한하거나 경우에 따라서는 무력화하는 것을 설명하기 어렵다. 법원리가 실질적 내용을 가지고 있으며 법규칙들의 총화는 법원리가 추구하는 목표를 함께 지향하고 있다고 한다면, 법원이 법규칙이 지시하는 내용과 다른 내용 - 이질적인 내용 혹은 상반된 내용 - 을 끌어내는 것이 모순이기 때문이다. 법원리가 법체계 전반을 아우르는 법질서의 형성에 기여함에 있어서 ‘실질적 내용’을 통해서 기여한다면, 법원리를 활용하는 법원이 현행 법규범을 변경하거나 새로운 법리를 창출하는 현상이 논리적으로 앞뒤가 잘 맞지 않는다.

물론 법현실에서 법원리는 분명 존재하며 우리의 법적 판단에 영향을 발휘하고 있다. 하지만 형식적 법체계, 즉 실정법체계 내부에 존재하는 것이 아니라, 법규범의 계도 이념으로서 존재한다. 이처럼 법원리가 법체계 내부가 아닌 ‘외부’ - 혹은 외부와의 경계선 - 에 존재한다고 본다면,

---

155) Larenz·Canaris가 탁월한 역량을 발휘하여 정교하게 조탁한 법형성의 유형 구분은, 법의 지도적 원리를 객관적으로 파악하기 어렵다.



법을 유지하는 법체계 내부의 규범자원을 활용한 법해석 논증에 따를 때에는 법원리가 문제사안의 판단을 위하여 개입할 수 없다. 법원리가 법적 논증에 활용되어 판단의 논거로 작용하기 위해서는 법체계 외부에서 예비규범 자원을 끌어오는 경우가 관찰된다.

즉, 법원리가 가장 적극적인 방식으로 활용되는 경우는, 법원이 현행 실정법체계 내부의 규범 자원을 포섭(subsumption)의 방식으로 적용하는 방식으로는 사안에 적합한 문제해결이 어렵다고 판단하고 사안에 보다 적합한 결정을 내리기 위하여 정책적 사고방식을 동원하는 때이다. 이는 법원리는 법체계 내부가 아니라 외부에 있다는 것, 보다 엄밀하게 말하자면 법체계 외부의 자원을 내부로 유입하는 매개통로의 역할을 한다는 것을 의미한다. 법원리는 그 자체로는 실체적 내용이 없기 때문에 법적 논증 과정에서 법원리가 담당하는 기능은 법체계 내부에 존재하는 법적 논거의 효력을 마비시키고, 실체적 내용을 지닌 외부의 사회·정책적 논거를 실어 나르기 위해서이다.

판례를 검토할 때, 법원은 법원리가 ‘규칙의 저편’에 존재한다고 표현하거나, 법원리는 ‘보편적 예외’로서 자리매김하고 있다고 말한다.

신의성실의 원칙이 (...) 법규칙을 원래의 모습대로 적용하는 것을 제한 또는 배제하게 하는 하나의 법적 장치로서 기능하는 것이다. (...) 여기서 문제되는 바의, 개별 법규칙의 저편에 있는 일반적 법원칙으로서의 신의칙과는 그 논의의 차원을 달리한다.

법규칙을 개별 사안에 적용하는 국면에서 신의칙을 통하여 ‘당사자 사이의 제반 사정을 종합적으로’ 고려할 것을 주장하는 것은 위와 같은 법규칙의 체계를 기본적인 구성원리로 하는 우리 법에서는 예외로서의 자리를 차지할 수밖에 없다. 신의성실의 원칙을 실정적으로 규정하는 민법 제2조, 민사소송법 제1조 등이 개별적인 법제도와 무관하게 위 각 법률 맨 앞의 ‘통칙’으로 위치하고 있는 것은 그 법원칙의 ‘기본원리성’을 말하여 준다고도 할 수 있겠으나 그보다는 오히려 이러한 예외, 그러나 역시 개별 법제도 일반에서 두루 문제될 수 있다는 의미에서 ‘보편적 예외’로서의 성격을 말하여

준다고 함이 적절할 수 있다.<sup>156)</sup>

2009다44327 판결에서 주목해야 할 대목은, 법원리의 법체계적 의미를 드러내는 부분이다. 법원은 이 판결에서 법원리의 ‘위치’가 형식적 법체계 외부에 있음을 “개별 법규칙의 저편에 있는 일반적 법원칙<sup>157)</sup>”이라는 대목에서 명확하게 밝힌다. 이는 우리 법원이 이해하는 법원리가 실정법체계 내부에 존재하는 것이 아님을 전달한다. 비슷한 이해를 라즈(Raz)의 연구에서 발견할 수 있는데, 라즈는 법원이 사법재량을 행사하는 경우 실정법이 아닌 잣대를 따르는 것(they act on standards which are not part of the law)이라고 설명한다<sup>158)</sup>. 이는 법체계 외부의 자원을 논거로서 활용하는 것이라고 이해할 수 있다.

법원은 2009다44327 판결에서 보다 상세한 설명을 덧붙이며, 신의칙이 타 조문과 독립하여 각 법률의 제일 앞장에 자리하고 있지만 이는 법원리의 ‘기본원리성’을 드러내는 것보다는 ‘예외성’을 드러내는 것이라고 말한다. 법원의 언표처럼 신의칙이 ‘보편적 예외’로 존재하고 기능한다는 것은 사안의 구체적 타당성을 달성하기 위하여 법체계가 내부적 질서의 적용을 멈추고 법체계 외부의 정책적 논거에 의거하여 판단을 하는 개방적 성격을 지니고 있음을 방증한다.

법원리를 활용한 논증은 법체계 외부의 예비규범 자원을 활용한 논증, 즉 정책적 결정에서 두드러지게 관찰된다. 예컨대 대법원 2005두12572 판결의 반대의견은 ‘법해석의 통일적 해석 및 적용의 견지’라는 표현을 사용하며 법원리를 논거로 사용한다. 이에 관하여 법의 통합성이라는 관점에서 원리 정합성 및 체계 정합성을 높이는 해석이라고 정리할 수도 있으나<sup>159)</sup>, 해당 반대의견이 말하는 ‘통일적 해석’을 위한 법원리가 현

---

156) 대법원 2010.5.27. 선고, 2009다44327 판결

157) ‘개별 법규칙의 저편’이 ‘법체계의 저편(혹은 외부)’을 의미하는 것인지에 관해서는 이견이 있을 수 있다. 그러나 해당 판결 전반을 검토할 때, ‘보편적 예외’라는 표현과 더불어 해당 문구는 실정법체계의 내부를 구성하는 규범 자료 이외의 것을 의미하는 것으로, 다시 말해서 실정법이 아닌 예비규범자원으로 바라봄이 적합하다.

158) Raz, Legal Principles and the Limits of Law, p.844

행 법질서에 특정한 내용을 담고서 이미 존재하고 있는 것인지에 관하여 먼저 돌아볼 필요가 있다. 반대의견이 말하는 '법 원리'는 현행 법체계의 내부에 존재하는 내용이 아니라 문제사안의 판단 과정에서 법체계 내지 법질서 내부로의 포섭 필요성이 인지된 내용이라고 보는 것이 보다 정확하다.

법원리는 구체적 법규칙의 적용과 효력, 해석을 총괄하는 이념적 지표로서 기능하지만, 법체계 내부에 위치하는 것은 아니다. 법원리는 실정법체계의 외부에 존재하면서, 법체계 내부 논리에 따른 연역적 결정이 부적합하다고 판단될 때 예외적으로 개입한다. 따라서 법원리는 법외(法外)적 성격이 강하며, 법원리가 실제로 수행하는 기능은 법원의 논증에서 현행 실정법의 초월과 '변화'를 가능하게 하는 변화의 기제를 제공하는 것이다.

---

159) 김도균, 우리 대법원 법해석론의 전환, 2010

"특히 반대의견에서 필자가 주목하는 것은 '법해석의 통일적 해석 및 적용의 견지'라는 표현이다. 단지 과거 결정과의 일관성이 아니라 우리 법질서를 구성하고 있는 (타당한) 최고 법원리들에 부합하고 정합적인 체계를 이루고 있는 원리들에 비추어 정당화될 수 있는지 여부를 반대의견은 문제 삼았다고 본다."

## 제 3 장 법적 논증과 사법재량

### 제 1 절 법 획득을 위한 논증작업

#### 제1항 법원의 결정과 논증의 의의

##### 1. 법원의 논증이 법체계에 미치는 영향

법원은 제기된 법적 문제에 대한 결정을 내려야 하므로, 법원은 문제사안에 적용할 법이 불완전하다는 이유로 재판을 거부할 수는 없다. 법원의 문 앞에 당도한 사안에 대한 판단을 거절할 뚜렷한 이유가 없는 경우에는 판단 절차를 진행하여 일정한 결정을 내리게 된다.

원래 법규의 의미·내용과 적용 범위가 어떠한 것인지를 정하여 선언하는 권한 즉 법률의 해석·적용의 권한은 법원에 있으며, 법원은 법규의 흠결을 이유로 재판을 거부할 수 없으므로 재판할 사항에 대하여 적용할 법규가 없을 경우에는 법률이념에 맞도록 다른 법규를 유추적용하고, 법규가 있다고 하더라도 그 의미 내용이 애매모호할 경우에는 그 입법취지에 따라 적절한 해석을 함으로써 그 법규의 의미 내용을 확정하는 권한을 가지고 있다고 할 것이다.<sup>160)</sup>

법원은 일련의 논리적 사고 과정을 거쳐서 분쟁 사안에 가장 적합한 판단을 내리게 된다. 법원이 개별·구체적 사안에 적용될 결정을 내릴 수 있도록 법규범은 일정 수준 이상의 추상성을 지닌 일반적 명제로 구성되어 있다. 성문법이 발달하여 흡사 자기완결적인 법체계를 가졌다고 평가

---

160) 대법원 95다36466 전원합의체 판결 中 대법원장 윤관, 대법관 최종영, 대법관 천경송, 대법관 정귀호, 대법관 김형선, 대법관 이임수의 반대의견 일부

되는 경우에도 판결의 근거를 제시하기 위한 논증이 필요하며, 성문법의 보완 필요성이 큰 경우에도 결정의 이유를 부여하는 논증이 더욱 크게 요청된다.<sup>161)</sup>

다음의 글에서 지적하듯이 법률의 존재는 법획득의 관점에서 ‘예비결정’에 지나지 않으며, 실제의 특정한 결정이 산출되기 위해서는 법원의 논증 작업이 진행되어야 한다.

“입법절차를 거쳐 만들어진 법률도 모든 문제를 해결해 주는 것은 아니다. (...) 실제에 있어서 법률이 법획득을 결코 완전히 결정하고 있지 못함은 자명해진 사실이다. 이는 특히 첫째 법률의 언어가 애매하거나, 둘째 법적 규제를 필요로 하나 타당한 규범이 없는 경우, 법률의 문언에 반해서 결정해야 할 아주 특수한 경우가 있거나 할 때이다. 이렇게 볼 때 법률이란 법획득에 있어서는 불가결하게 중요하나 구체적인 법획득의 관점에서 본다면 역시 ‘예비결정’ 내지 ‘프로그램’이라고 하겠다. 오늘날 어느 입법자가 주석을 금하거나 해석서를 가슴 아파 한다면 이는 정말 정당화될 수 없다.<sup>162)</sup>”

법이 아무리 논리정연하고 촘촘한 규범 체계를 축조하였다고 하더라도, 일반·추상적인 규범을 개별·구체적인 사안에 적용하기 위해서는 일정한 작업이 수행되어야 한다. ‘예비규범’로서 추상명제인 법의 존재는 구체적 사안에서 법원의 논증 작업을 통해서 현실적으로 확인 가능하

161) 양천수, 법률에 반하는 법형성의 정당화 가능성, (p.110)

“법해석과 법형성을 개념적으로 명확하게 구별하는 것은 주로 대륙법학, 그 중에서도 독일 법학의 법학방법론에 기반을 둔 것이다. 19세기에 융성했던 판례법 법학의 영향으로 개념적이고 자기완결적인 실정법 체계를 갖춘 대륙법 전통에서는 법치주의에 따라 법률에 대한 법관의 구속이념을 강도 높게 요청하였고, 이로 인해 법관이 법규범을 형성할 수 있는 권한은 처음부터 엄격하게 통제되었다. 이러한 맥락에서 법해석과 법형성을 명확하게 구분하고자 하는 전통이 법학방법론 전반을 지배한 것이다. 이와 달리 판례법 전통에 바탕을 둔 영미 법학에서는 대륙법의 민법이나 형법처럼 개념적이고 자기완결적인 실정법체계를 갖추지 않았고, 그 대신 법관에 의해 만들어지는 판례법을 법으로 인정해 왔기에 대륙법학보다 법관의 법형성에 관대하였다. 이 때문에 법해석과 법형성을 개념적으로 명확하게 구획하지 않았고, 법형성 역시 법해석의 범주에서 파악한다.”

162) 심헌섭, “법획득방법의 기본구조에서 본 법학과 법실무” p.39

다<sup>163)</sup>. 이처럼 구체적 사안을 규율할 법획득을 위한 법원의 사유 과정은 ‘법적 논증(legal reasoning)<sup>164)</sup>’으로 정리된다. 법원은 사회가 법적 해결을 요청하는 사안에 관한 결정을 내림에 있어서 합당한 근거를 제시하는 것, 법적 논증(legal reasoning)을 충실히 진행한다. 법적 논증은 판결의 근거를 설명하며 특정 법규범을 제시함으로서, 구체적 사실과 그에 대한 법적 평가 결과를 논리적으로 이어준다. 즉, 논증은 법원이 수행하는 핵심적 기능이다.<sup>165)</sup>

법원의 결정(legal decision-making)이 가지는 가장 중요하고 본질적인 특징은 일정한 결정을 산출하기 위하여 법적 논증(legal reasoning) 과정을 거친다는 것이다. 주어진 문제에 대하여 일정한 답을 제공해야 하는 법원이 수행하는 법적 논증(reasoning)은 합당한(reasonable) 답을 모색하는 과정이다. 논증은 판결의 이유(reason)를 설명하며 근거를 제시하고 결정이 합당함을 의미하는 작업이다. 법적 논증은 법적 사고를 구성하는 본질적 요소이나, 그 개념을 정의하는 것은 쉽지 않다.<sup>166)</sup> 논증의 개념이

163) 법은 법원의 해석행위가 요청된다는 점에서 일종의 ‘예비규범’이다. 우리가 사회에서 특정한 관습법이 존재한다는 것을 인지하는 것 역시도 해당 관습법에 대한 승인이라는 법원의 제도적 결정이 있기 때문이다. 사회적으로 수용되고 인정되는 행위 방식의 반복 자체만으로는 관습법이 될 수 없다. 비록 반복적 시행을 통해서 자연스럽게 사회 규범으로 형성되었다고 하더라도, 그러한 관습과 관련하여 사회적 합의가 존재함을 추정하고 신뢰를 부여할 것인지는 법원이 판단하고 결정하여야 하기 때문이다.

164) ‘Reasoning’을 연구자에 따라서 ‘논증’ 외에도 ‘추론’으로 표현하는 경우가 상당수 있으나, 본고에서는 사법부의 판단 과정이 주어진 정태적(static)하지 않다는 점을 고려하여 정태적 뉘앙스가 다소 전달되는 ‘추론’이라는 표현보다는 ‘논증’이라는 표현을 사용한다.

165) 김혁기, 법적 추론의 기능에 대한 고찰, p.9

추론(reasoning)은 이미 받아들여진 사실이나 증거를 전제로 해서 새로운 결론을 이끌어내는 사고 과정을 말한다. 즉, 모든 추론은 일반적으로 어떤 생각을 근거로 다른 생각을 이끌어내는 것을 기본적 속성으로 한다. 그렇다고 해서 대상이 법이라는 점을 제외하면 법적 추론이 다른 영역의 추론과 동일한 것은 아니다. 법적 추론이 과학적 추론이나 도덕적 추론과 구별된다는 점은 법적 추론의 대표적 형식들을 살펴보면 분명하다.

166) 하재홍, “법적 논증의 기초 : 대법원 판결과 페렐만의 신수사학”, 2010

: “법적 논증은 법적 사고(legal mind)를 구성하는 본질적 요소이지만, 막상 그 개념을 명확히 드러내기는 쉽지 않다. 법적 논증은 법률적 주장을 조리 있게 펼치는 것뿐 아니라 재판과정에서 사실인정을 한다든지, 법령의 해석을 통해 사안에 합당한 법적

단면적이지 않음은 여러 연구자가 강조하고 있으며, 각각의 연구자가 설명하는 논증의 성격 역시 차이가 있다.

법적 논증은 법체계 내부의 실정법 자원을 활용하는 법해석 논증과 비단 그에 그치지 않고 외부의 예비규범 자원을 논증 과정에 함께 활용하는 법형성 논증으로 구분된다. ‘법체계-환경’에 대한 논의를 통해서 법해석 판결과 법형성 판결의 의의에 대한 접근이 수월해진다. 정책적 논거를 포함하는 법원의 법형성 판결이 법학적 관점에서 지니는 의의를 살펴보기 위해서, 법체계의 구성과 내용 변화에 관한 검토를 수반할 필요가 있다. 특히, 법원리가 사법입법(judicial law making)에 있어서 수행하는 ‘기능’의 의미를 충실히 서술하기 위하여 법체계에 관한 탐색이 필요하다.

70년대 이래의 법학방법론을 검토한 페테리스(Feteris)는 근래 법학연구에서 논의되는 법적 논증을 세 가지 - 논리적(logical) 접근방식, 수사학적(rhetorical) 접근방식, 대화론적(dialogical) 접근방식 - 접근방식으로 분류한다<sup>167)</sup>. 논리적 접근방식은 논증의 형식적 타당성(validity)을 강조하는 반면, 수사학적 접근방식은 논증을 듣는 사람들의 수용가능성 혹은 청자들에 대한 설득력을 강조한다. 따라서 수사학적 관점에서 논증을 풀이하는 경우 논증은 상황 맥락에 좌우되는(context-dependent)되는 측면이 부각된다. 대화론적 접근 방식은 논의 절차(discussion procedure)를 강조한다.<sup>168)</sup>

그러나 분명한 것은 법적 논증에 대한 간명한 이해가 쉽지는 않다는 것이다. 더욱이 논증을 협의의 개념으로 사용하는 경우와 보다 넓은 개념으로 사용하는 경우가 혼재되어 있어 논의가 더욱 복잡해지고 있다.

---

결론을 도출하는 것에 모두 관계된다.”

167) Feteris, “A Survey of 25 Years of Research on Legal Argumentation”, Argumentation 11, (1997)

168) 물론, 페테리스의 논증 구분이 법학 논증론의 모든 면을 완벽하게 반영하는 것은 아니며, 세 가지 구분 범주 중 어느 하나 이상의 성격을 복합적으로 가지는 논증이론이 다수 존재한다. 예컨대 알렉시의 논증이론을 두고 페테리스는 논리적 접근방법과 대화론적 접근방법을 모두 강조한다고 분석하였다.

## 2. 논증의 정당화 기능

이처럼 법적 논증에 관한 논의를 정리하는 것은 쉽지 않은 일이나, 논증의 ‘기능’에 중점을 두는 경우 보다 수월한 논의 전개가 가능하다. 법적 논증이 가지는 기능은 두 가지 측면에서 접근 가능하다. 우선 그 하나는 논증이 문제사안에 적용될 법을 해석하고 대상 사안을 규범적으로 평가하는 해석의 논리라는 것이며, 또 다른 하나는 그와 동시에 법원의 결정을 정당화하는 논리이기도 하다는 것이다.

“재량 판결에서의 추론은 비록 법관에 의해 이루어지는 것이기는 하지만 통상적인 의미의 법적 추론과는 구별된다. 왜냐하면 불확정적인 법으로부터의 추론은 법적으로 ‘유일하게 타당하다’거나 아니면 ‘적어도 가장 강력하다’고 평가될 만한 결론을 제공해 주지 않기 때문이다.”<sup>169)</sup>

이러한 법적 논증 과정에서는 논리적인 추론 외에도 다양한 사고를 동원하게 된다<sup>170)</sup>. 법원의 논증은, 왜 그러한 판단이 내려졌는지 그 근거를 소명함으로써 해당 결정을 정당화하는 기능을 한다. 논증이 결정의 근거에 관하여 충분한 논리적 ‘설명’을 제공하지 못하면 해당 결정의 ‘정당성’에는 의구심이 제기되기 마련이다.

논증은 다음과 같이 “법관의 책임 의식과 전문성을 강화하는 역할”을 한다. 법원은 단순히 ‘법은 법원이 안다(Iura novit curia)’와 같은 태도로 판결을 정당성을 주장할 수는 없다. 법원이 도출한 일정한 해결책의 타

---

169) 김혁기, 법적 추론의 기능에 대한 고찰, p.16

170) 김혁기, 법적 추론의 기능에 대한 고찰, p.12-13

“법적 사고는 기본적으로 논리에 의존하는 추론 과정뿐만 아니라 다양한 사고 유형들로 이루어져 있다. 법적 사고에 동원되는 사고 유형의 목록은 더 증가될 수도 있을 것이다. 이러한 고찰은 법적 결론은 법규범과 논리를 통해서 도출되기보다는 다른 고려에 의해 내려질 가능성이 크다는 점을 보여준다. 즉, 법적 사고의 인지적 특성은 법적 판단을 내릴 때 엄격한 법적 추론 외에 법적 사고의 다른 측면에 기여하는 여러 실천적 추론들도 활용된다는 점을 시사한다.”



당성과 적합성은 논증을 통해서 검증되고 확인받는다.

“사법부는 독립적 기관으로서 자유로운 고민과 심의를 보장받은 만큼, 최종적 판결만큼은 공개함으로써 최소한도의 투명성을 확보해야 한다. 공권력의 담당자로서, 법관은 결론을 내린 과정을 솔직하게 기술하고 자신의 재량적 선택이 비록 법에 의한 것이 아니라고 할지라도 적어도 국민들로부터 동의를 얻을 만한 것이 되도록 노력해야 한다. 사법 추론의 투명성은 법에 대한 존중과 신뢰를 확보하고, 사법에 대한 민주적 심사와 평가가 가능하게 하며, 법관의 책임 의식과 전문성을 강화하는 역할을 한다.<sup>171)</sup>”

논증을 통해서 얻을 수 있는 것은 판결의 정당화 가능성(justification)과 해당 결정에 관한 사회의 수용가능성이다. 논증은 법적 결정의 ‘이유를 부여’하고 ‘근거를 지우는’ 것이므로, 그 내용이 어떻게 구성되느냐에 따라 그 결정이 정당화 가능한지 여부를 따질 수 있다.

“일반적으로 추론 또는 논증은 결론에 해당하는 명제의 참을 증명하는 것을 목표로 한다. 마찬가지로 법적 추론은 사실(facts)과 법(law) 사이의 관계에 대해 어떤 결론에 도달하는 과정이며, 그렇게 도달한 결과로서의 법적 판단이 참이라는 점을 밝히는 것을 목표로 한다. 이처럼 어떠한 법명제가 참이라는 점 달리 말해 사안에 대한 법적 판단이 옳다는 점을 밝히는 기능을 정당화(justification) 기능이라고 할 수 있다.<sup>172)</sup>

법원의 논증 작업은 그 판단이 참이라는 것을 밝히기 위한 것이므로, 특정 결정에 이르기까지 법원이 밝히는 논증 과정은 곧 해당 결정의 정당화와 연계된다. 법원이 판단의 근거로서 어떠한 내용의 설명을 하느냐는 어떠한 방식으로 해당 결정이 정당화되느냐 하는 문제와 결부된다. 법원이 어떻게 논증을 구성하였느냐에 따라서, ‘근거 지워진 법적 판단’인 정당화는 다음에 인용한 심헌섭(1982)의 설명과 같이 크게 내적(內的:

---

171) 김혁기, 법적 추론의 기능에 대한 고찰, 2003, p.37

172) 김혁기, 법적 추론의 기능에 대한 고찰, p.17

internal) 정당화와 외적(外的: external) 정당화로 구분된다.

법획득의 방법론이 기본으로 삼는 과제는 근거 지워진, 다시 말해서 ‘정당화된’ 법적 판단의 획득에 있다. 그러면 이러한 정당화란 구체적으로 무엇을 가리키는 것인가?

이는 J. Wróblewski가 지적하듯이 두 가지로 나누어 볼 수 있다. 즉 ‘내적 정당화(internal justification)’와 ‘외적 정당화(external justification)’인 것이다.

법획득의 내적 정당화란 법적 판단이 그 근거가 된 전제들에서부터 ‘논리적으로’ 추론되는가를 두고 말하는 것이다. 이것은 이른바 ‘법률적 삼단논법’으로 불리어져 왔다. (...) 내적 정당화의 형식적 구조는 보편화 원칙과 형식적 정의의 확보에 이바지하며, 따라서 법획득 작업에 합리성과 정당화를 어느 정도 부여하는 것이다. 그러나 그것은 어디까지나 상대적이다. 왜냐하면 그것은 전제들 자체의 합리성과 정당화에 의존되어 있기 때문이다. 이를 논하는 것은 외적 정당화의 영역에 속하는 것이다. (...) 법획득의 외적 정당화란 바로 그 내적 정당화에 사용된 전제들의 근거 지움에 있는 것이다. 이러한 전제들은 여러 가지일 수 있겠다. 얼른 생각나는 것은 ①실정법규, ②경험명제, ③실정법규도 아니고 경험명제도 아닌 전제들을 들 수 있다. 그런데 마지막의 실정법규도 아니고 경험명제도 아닌 전제들로서 중요한 것은 법학명제(해석 및 학설)과 판례를 들 수 있다. 따라서 외적 정당화의 기본적인 대상으로서의 전제들로서는 ①법률, ②법학(이론), ③판례. ④경험을 들 수 있다고 하겠다.<sup>173)</sup>

법원의 논증이 내적 정당화 기능을 수행하는지, 아니면 외적 정당화 기능을 수행하는지 여부는 해당 논증의 자원(資源)과 논증의 방식에 의하여 결정된다. 법원이 결정을 내림에 있어서 법명제로 구성된 논리적 설명을 제공하였다면 논리적 방식으로 정당화되어야 하며, 법명제가 아닌 다른 판단의 요소가 개입하였다면 그에 관한 정당화가 요청된다<sup>174)</sup>.

173) 심헌섭, “법획득방법의 기본구조에서 본 법학과 법실무”, 서울대학교 법학, 서울대학교 법학, 제23권 제1호, 1982, pp.36-38

174) 법적 논증이 어떠한 내용인가와 그에 관한 정당화를 연계하는 알렉시는 실정법

법명제로만 논거를 구성하지 않는 경우에는 법적 차원에서 머무는 정당화는 일정한 한계가 존재한다고 볼 수 있다. 그 경우 외적 정당화가 함께 요청된다.

### 3. 논증의 재료, 자원(資源)

#### 가. 논거의 구분

이처럼 법원의 논증이 모든 사안에서 동일한 모습을 보이는 것은 아니다. 법원의 논증은 대상 사안의 성격에 따라 여러 층위에서 다양한 분기점을 거친다. 사안의 속성에 따라서 판단의 대상은 판단이 수월한 사안(easy case)<sup>175)</sup>과 판단이 어려운 사안(hard case)로 구분된다. 판단이 수월한 사안에 관한 결정은 협의의 법해석으로서 법명제에 근거한 논리연역적 논증을 거친다. 판단이 어려운 사안은 법의 공백과 불완전, 부당한 지시라는 문제와 씨름해야 하는 사안으로서, 해당 사안에서 법원의 논증은 논리연역적 3단 논법에 의하는 것이 아니라, 여러 가지 제반사안을 정책적으로 검토하고 종합적으로 판단하는 방식을 취하게 된다. 이를 좀 더 간명하게 정리하자면, 사안에 맞는 논증의 전개를 채택하는 법원

---

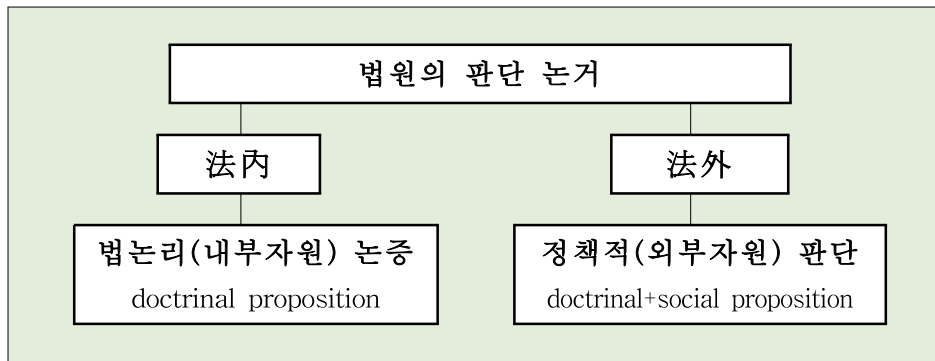
규칙 및 경험적 진술이 판단의 근거가 된 경우에는 내적 정당화가 필요하며, 실정법이나 경험 진술에 속하지 않은 논거에 대해서는 외적 정당화가 필요하다고 정리한다. 알렉시는 외적 정당화의 규칙과 형태를 6가지로 구분한다. 해석의 규칙과 형식, 도그마적인 논증, 판결례의 사용, 일반적인 실천논증, 경험적 논증, 특수한 법적 논증이다. (Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, 1978)

그러나 알렉시의 세밀한 논증 구분은, 이 글에서 중점을 두고 있는 법형성 결정과 관련은 있되 핵심 주제는 아니기 때문에 상세한 검토는 줄이고, 논증의 내용과 정당화의 방법이 서로 연계된다는 점만을 강조하고 논의를 계속 진행하기로 한다.

175) 하지만 법원에 당도하는 사건 중 사실상 '쉬운' 사건은 없다. 사법부가 다루는 제쟁 사건들이 정말로 입법부가 만들어 놓은 법전을 들춰 보기만 해도 쉽게 판단할 수 있는 용이한 사안들이라면 애초에 해당 사안들이 문제 해결에 있어서 긴 시간과 비용을 요하는 법원에까지 당도하게 되었을 가능성 자체가 낮다. '법을 따랐을 때' 어떠한 결정이 내려질지 자명한 사안들은 이미 법원의 문에 당도하기 이전에 대부분 해결될 것이기 때문이다

의 논증은 다음과 같이 구성되어 있다고 할 수 있다.

[그림 3-1 : 법적 판단 근거의 구분]



논리연역적 법해석은 주어진 법적 요건에 맞추어서 기왕의 주어진 법 효력을 발생시키는 것이므로, 기존 법규범을 보완하거나 새로운 논리를 창설하거나 특정한 법규칙의 효력을 변경 또는 정지시킬 필요가 없다. 논리적·연역적 논증은 선택 가능한 대안을 일정한 테두리 안으로 한정한다. 그렇다면 그 테두리 안에서는 어떠한 기준으로 굳이 하나를 선택하게 되는가 하는 문제가 남는다. 이는 사법부가 판단을 도출하는 과정인 ‘법적 논증’이 단순히 법해석이 아니라 결단으로서의 성격을 가지고 있음을, 즉 법해석 외에도 법형성이라는 부분으로 함께 이루어져 있음을 말해준다.

일견 그 결론이 자명(自明)하게 드러나지 않아 어려운 사안(hard case)라고 불리는 사안에 있어서도 법원은 특정한 결정을 도출한다. 난제에 관한 법적 판단이 가능한 것은 법원이 결정을 위하여 동원하는 사고방식이 순수한 논리연역적 사고만이 아니기 때문이다. 과연 순수한 법적 논증만으로도 모든 사안에 관한 법원의 결정이 산출되는지를 따지면, 그렇지 않음을 알 수 있다. 또한 법규정의 문언을 글자 그대로 따르면 부당한 결론이 도출되는 경우의 부당함은 해당 사안을 사회적 관점에서 판단한 - 사회의 변화로 인하여 법문언의 기계적 적용이 부적절해진 상황이거나, 혹은 사회적으로 수용하기 힘든 부정의 내지 비효율이 발생하

는 경우 - 것이다.

우리나라 대법원 판결문에서 드물지 않게 관찰되는, ‘신의성실의 원칙’, ‘사회의 건전한 법 관념’, ‘손해의 공평한 분담’ 혹은 ‘형평의 요청’이라는 기준이 활용된 여러 결정들은, 법명제의 불완전성을 보여주는 사안들, 즉 법해석만으로 유일한 결론이 도출되었다고 보기 어려운 사안들이다. 원리, 원칙, 정의에의 부합 혹은 법질서에 내재된 근본 가치 등과 같은 요소들이 법원 논변에 개입한다는 것은 그러한 결정을 산출하는 법관이 일종의 - 비록 미시적·보충적이긴 하여도 - 입법적 결단을 내린다는 사실을 드러낸다. 문제사안에 접목될 법원리가 지시하는 바에 관한 구체적인 상술(詳述) 혹은 가치와 이익의 형량 등의 방법을 동원하여 법관이 일정한 결론을 이끌어 내는 과정에서 실정법 규범 이외의 요소가 논거로서 개입된다.

법원의 결정이 실정법의 내부적 논리 이외의 것, 즉, ‘실정법체계 외적인 요소’에 근거한 것이라면 해당 논소의 타당성을 따져 결정의 적합성 여부를 판단해야 한다. 불확정 사안에서는 논리연역적 논증으로 중간 지점까지 다다를 수는 있으나 결론에 도달하기 위해서는 법원이 사법재량을 발휘하게 된다. 이 경우 법원은 법명제의 적용에만 그치는 판단이 아니라 사회 전반의 여러 요소를 고려한 판단, 정책적 판단을 내린다.

“내적 정당화란 간단히 표현하면 하나의 판결이 그 전제들, 즉 법률과 구성요건 혹은 법률요건충족이라는 전제들로부터 논리적으로 도출될 수 있는가에 관한 것이라면, 외적 정당화란 이러한 전제들 자체가 무엇을 통해(예를 들면 체계 외적인 그 무엇에 의해) 근거 지워질 수 있는가에 관한 것이다.<sup>176)</sup>”

법원의 사고를 분해하여, ‘정책적 요소’를 고려한 법원의 결정이라는 범주를 활용함으로써 우리가 얻을 수 있는 인지 및 담론적 혜택은, 법원의 결정이 논리연역적인 법해석에 한정 - 물론, 법원이 내리는 결정의

---

176) 김성룡, 법적논증론 : 발전사와 유형, p.175

대부분이 법해석임은 당연하나 - 된다는 고식적(姑息的) 관념을 벗어나서 법원의 결정과정, 특수한 결정을 통한 법리의 변화양상, 결정의 사회적 수용성 및 정당성 등에 관하여 더욱 적극적인 탐색이 가능할 수 있다.

#### 4. 법원 논증의 구성

법적 논증에서 사용되는 논거가 실정법의 법체계 내부에 이미 존재하기 때문에 현행의 구축된 법체계 속에서 답을 찾는 논증을 법체계 내적 논증(inside-law-argumentation<sup>177)</sup>)으로 정리할 수 있다.

기존의 실정법만으로는 충분히 적합한 답을 제공할 수 없기 때문에 법적 논증 과정에서 사용되는 논거가 법체계 외부에 존재하는 자원을 활용하여 답을 찾는 논증을 외적 논증(outside-law-argumentation)으로 유형화할 수 있다.

법해석의 개념이 다의적이기 때문에, 법해석과 법형성의 경계 역시 불분명해지는 경우가 생긴다. 또한 법해석에는 해석자의 선이해(先理解)가 개입되기 마련이므로 법해석이 곧 법형성이라고 주장하는 경우도 있다<sup>178)</sup>. 하지만 법해석의 연장선상에 법형성이 있다고 하더라도 그 차이가 분명히 존재하기 때문에 양자를 동일한 것으로 혼용할 수는 없다. 법해석 내지 법형성의 어떤 유형으로 분류되든지 간에 특정한 판단이 필요한 구체적 사안에 대하여 분쟁 당사자들이 요청하는 결정이 내려졌다는

---

177) 라렌츠·카나리스, 법학방법론, p.72

178) 양천수, 법률에 반하는 법형성의 정당화 가능성, (p.111)

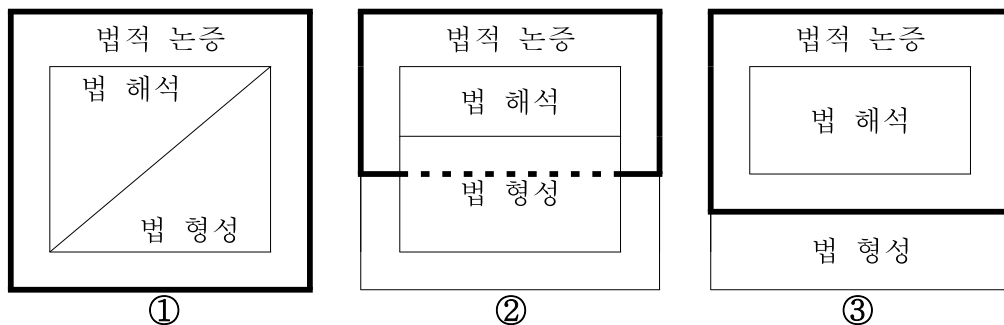
“법해석과 법형성을 개념적으로 구별하는 대륙법학에서도 ‘철학적 해석학’의 성과를 수용한 ‘법해석학(juristische Hermeneutik)’의 영향으로 양자를 본질적으로 구별할 수 없다는 견해가 제시된다. 왜냐하면 법해석학은 모든 법해석 과정은 해석자의 선이해가 개입하는 형성적 작업이라고 파악하기 때문이다. 법해석학에 따르면, 모든 법해석 과정은 이미 존재하는 실정법의 규범적 의미내용을 발견하는 과정이 아니라, 해석자가 지닌 선이해를 기반으로 하여 실정법의 규범적 의미내용을 만들어가는 형성적 작업이다. 이 같은 근거에서 법해석학은, 법을 해석하는 과정은 법을 인식 또는 발견하는 과정으로서 법형성작업과는 구별된다고 주장하는 전통적인 법학방법론의 견해를 비판한다. 법해석학에 따르면, 모든 법해석은 본질적으로 법형성일 수밖에 없다.”

점에서는 동일하다. 법 문언의 가능한 의미로 경계가 나누어지지만, 법적 결정의 도출이라는 점에서 법형성은 법해석의 연장선상에 놓여 있다. 물론 그렇다고 하여 법해석과 법형성이 완전히 다른 분리되는 개념이라 할 수는 없다. 법해석과 법형성은 결국 법적 결정을 이끌어내는 과정에서 어떠한 내용과 방식으로 논증을 구성했느냐 하는 문제이기 때문이다.

법적 논증을 법원이 법적 결정을 산출하기 위하여 동원하는 판단의 방법이라고 할 때, 법적 논증의 개념 영역은 법해석과 법형성 양자를 모두 포함한다. 통상적으로 ‘논증’ 혹은 ‘추론’이라는 말을 사용할 때, 해당 개념에는 엄격한 의미의 법해석뿐만이 아니라 법형성을 포함하는 것으로 봄이 타당하다. 법학 논증이론은, “구체적이고 현실적인 논증활동에 의해 뒷받침”되어야 이론적 가치를 확인할 수 있다고 할 것인데, 실제 현실에서 법원의 논증은 법해석과 법형성의 방식 양자를 활용하며 구체적 사안에 필요한 결정을 도출하고 있기 때문이다<sup>179)</sup>.

이를 도식화하면, 다음 그림의 ①이 현실에서 법원이 수행하는 법적 논증을 충분히 설명하는 개념이라고 할 것이다.

[ 그림 3-2<sup>180)</sup> : 법적 논증의 영역, 법해석과 법형성 ]



179) 하재홍, “법적 논증의 기초 : 대법원 판결과 페렐만의 신수사학”, 2010, p.61, 각주1

“우리가 법적 논증이론을 다룰 때 특히 유의할 것은, 어떠한 법적 논증이론이든 실제의 왕성하고 활발한 논증활동에 의해 뒷받침되어야 한다는 것을 잊어서는 안 된다는 것이다. 논증이론은 논증활동을 전제로 하는 것이므로 구체적이고 현실적인 논증활동에 의해 뒷받침되지 않는 논증이론은 추상적 이론에 불과할 뿐 논증이론으로서의 가치는 반감되기 때문이다.”

180) 논지 전개에 편의를 위하여 작성한 도표로서 개념의 정밀성 재검토 여지 있음

공두현(2013)의 연구는 법적 논증이 협의의 법해석, 다시 말하여 ‘법률 문언의 가능한 의미’를 근거로 하는 논리연역적 논증에만 한정되는 것이 아니라, 법문언의 가능한 의미 경계를 넘어서는 논증 역시 이루어지고 있음을 다음과 같이 설명한다.

전통적 법해석방법론에서 법해석의 한계로 기능한다고 여겨졌던 ‘법률 문언의 가능한 의미’는 법관이 추가적인 논증의 부담을 지게 되는 임계점일 뿐 진정한 의미의 한계라고 볼 수는 없다. 법률 문언의 통상적인 의미 내지 가능한 의미는 법적 논증의 정당성과 타당성을 논증하기 위해 제시되는 근거 중 하나가 될 뿐이다<sup>181)</sup>.

## 제2항 논증의 구분

### 1. 법해석과 법형성의 경계선

논증은 논변의 자원(資源)을 논리적 설계에 따라 축조(築造)함으로써 이루어진다. 법적 논증은 어떠한 논증의 자원을 활용할 것인가 하는 문제와 그리고 논증의 구성 방식을 어떻게 설계할 것인가 하는 문제가 중요하다. 법적 논증의 자원은 두말 할 나위 없이 법이다. 문제는 과연 법명제의 사안 적용만으로 모든 사안에서 논증이 완성될 수 있느냐 하는 것이다.

법원의 결정이 순수한 법명제 구성에 기초를 하였다면 이는 내적 정당화의 방식 - 논리적 합치성- 으로 근거를 평가해야 한다. 다음과 같은 3단 논법과 같은 논증은 논리의 정합성을 기함으로써 결정을 정당화할 수 있다.

---

181) 공두현, 사법판단 과정에 관한 연구 : 법적 판단과 법 변동의 구조, p.127



대전제: A의 경우에는 B가 적용된다.  
 소전제: 개별사안 a는 A의 범주에 속한다.  
 결 론: 따라서 a는 B에 따라서 규율된다.

법원이 법적 판단을 내림에 있어서, 논리연역적 논증 과정을 거치는 경우, 구체적 사건을 특정한 범주로 포섭하여 법적 결정을 도출한다. 즉, 다시 말하여 ‘큰 것에서 작은 것으로’라는 사고방식에 맞추어 구체적 사안이 어떠한 법적 표지를 가지고 있는지 분석하여 특정한 법적 개념에 포섭함으로써, 결정에 필요한 법적 근거를 찾는 것이다.

사실인정과 규범포섭을 거치는 이러한 방식의 법적 논증은 법관의 ‘인지적 부담을 덜어주기<sup>182)</sup>’ 위하여 정형화된 개념 틀을 사용한다. 논리연역적 방법을 적용하여 구체적인 분쟁 사안의 구조를 이해함에 있어서 접근의 틀로 삼을 법적 요건들이 어떠한 것들인지 밝히는 개념 틀에의 ‘포섭’과 ‘범주화’ 작업을 거치면, 그러한 법적 요건이 충족되는 경우 일정한 법률 효과를 부여·발생시키게 된다. 이 경우 법적 논증의 두드러지는 특징은 개념 범주화에 있다<sup>183)</sup>. 개별적 고유성을 저마다 지니는 분쟁 사건들은 개념 범주화 사고를 통해서 일정한 유형의 사안으로 편속(編所)되고 그에 맞추어 규율된다. 3단 논법의 연역적 사고 과정은 이러한 범주화 사고를 잘 보여준다.

그런데 법관이 법원의 문 앞에 당도한 문제사안을 어떠한 법적 개념으

182) “법은 법적용자의 인지적 부담을 덜어주기 위해 공동체의 생활에서 반복되어 발생하는 문제들의 해결에 적합하게 개념을 재구성한다. (김혁기, 법적 추론의 기능에 대한 고찰, p.12)”

183) “법적 사고는 개념적, 범주적이다. 사실상 모든 사고는 개념을 기본적 단위로 삼는다. 인간이 사고하기 위해서는 일차적으로 자신이 경험하는 수많은 자극들을 의미 있게 분류(classification)할 수 있어야 한다. 대상의 분류를 가능하게 하는 과정이 범주화이다. 개념은 범주화를 통해 분류 기능을 수행하며, 범주의 체계는 개념에 기초하여 이루어진다. 이처럼 개념과 범주는 상보적인 작용을 통해 인지와 의사소통을 가능하게 만든다. 그런데 법에 있어서는 개념과 범주의 분류 기능은 사고의 가능 조건에 그치는 것이 아니라 법의 존재이유 그 자체가 된다. 왜냐하면 법규범이란 결국 이러한 행위나 사물의 범주들을 구분하여 상이한 법효과를 부여하는 기능을 수행하기 때문이다.” (김혁기, 법적 추론의 기능에 대한 고찰, p.10)

로 포섭해야 할지 쉽게 판단하기 어려운 사건, 범주화가 어려운 사안들이 존재한다. 사법에 대한 통상적 관념은, 삼단논법에 의한 연역적 추론이다. ‘대전제-소전제-결론’의 논리적 구조에 따라서 문제를 해결하는 경우가 많지만 모든 법적 문제가 삼단논법에 충실할 때 답이 산출되는 것은 아니다. 순수한 논리연역적 논증을 따라가면 막다른 골목에 다다르는 경우도 존재한다. 적용 법리가 무엇인지 확실하지 않은 사안들, 또는 적용해야 하는 법리가 충돌되고 모순되는 경우이다. 법의 해석에 대립하고 경쟁하는 이설이 있을 수도 있고, 법해석으로는 해결 불가능한 사안도 있다. 때로는 실정법이 확실히 존재하지만 구체적 사안에 해당 범명제를 그대로 적용한 결과 수궁하기 어려운 결론이 도출되는 경우도 있다.

그러나 범명제 해석만으로는 ‘자명(自明)하지 않은 사안’에서도 법원은 적합한 결정을 내려야 한다. 법원은 충돌·모순되거나 경쟁하는 여러 규범 중에서 하나를 선택하는 난제를 해결해야 하는데, 이러한 경우 법원이 논리연역적인 과정만을 거쳐서 결론을 도출할 수 있는지는 보증되지 않는다. 단순한 논리 연역적인 추론을 적용해서 사안을 해결하기는 어렵다. 해석의 막다른 골목에서 우리는 순수한 법적 논증만으로는 해소되지 않는 문제 현상을 어떻게 해결하는가? 이 경우 논증은 순수한 해석이 아니라, ‘실천적 논증’의 성격을 띠게 된다. 법원의 결정은 법의 순수한 논리적 해석에 따르는 경우도 있지만 그러하지 않은 경우도 많다.

“실정법의 적용과 구체적 타당성의 대립<sup>184)</sup>”이 빚어지는 경우 역시 그 답이 자명(自明)하지 않은 사안에서 겪는 어려움에도 불구하고 법원은 일정한 결정을 내려야 한다. 법원이 엄격하게 한정된 협의의 법해석을 하는 것이 아니라 법문언의 통상적 어의를 확장·초월하여 결정을 내리거나, 또는 구체적인 특정 법조항에 의거하여 사안을 규율하기 보다는 포괄적인 논거를 활용한 법적 결정을 산출하는 경우가 존재한다.

이는 법원이 법적 문제에 적합한 결정을 산출함에 있어서 법해석에만 의거해서는 그 부여된 소임을 다하지 못하는 상황이 종종 발생하기 때문

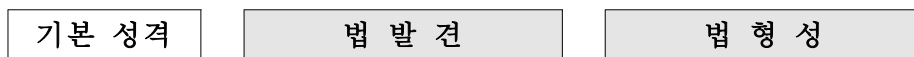
184) 권영준, “민법학, 개인과 공동체, 그리고 법원”, 2015, p.1411

이다. 법원은 결정의 논리적 증거를 찾는 ‘논증’ 과정을 통해서 문제에 대한 답을 찾으려고 하지만, 적합한 결정을 산출하는 과정에서 새로운 법적 논리를 개발하거나 문제사안과 관련한 규범 창설적인 결정을 내리는 경우가 적지 않다.

법형성의 이유와 정당화 근거를 법률의 흠결에서 찾은 라렌츠와 카나리스는 법관의 작업, 광의의 법해석을 크게 협의의 법해석과 법형성으로 구분하고<sup>185)</sup>, 법관의 법형성을 다시 세목별로 유형화한다. 법형성은 법률내재적(secundum legem) 법형성, 초법률적 법형성(praeter legem), 법률에 반하는 법형성(contra legem)으로 분류하였다.<sup>186)</sup> 박철(2003)은 법원의 결정이 단순한 범명제 확인에 그치지 않음을 강조하며, 법의 적용을 ‘법발견’, ‘법률의 문언을 넘은 해석’, ‘법률의 문언에 반하는 해석’의 세 유형으로 구분하기도 한다<sup>187)</sup>.

이러한 법현상은 법학방법론의 탐구 주제로서 많은 관심을 받아 왔는데, 법원이 단순히 ‘법을 말하는 입’ 이상의 단순해석 기능을 수행하는 경우에 관하여, 사비니는 그의 법해석 구분론에 따라 그를 목적론적 해석이라고 정리하였고, 라렌츠와 카나리스는 법을 초월하는 해석과 법에 반하는 해석이라고 정리하기도 하였다. 성문법의 내부 논리를 법원이 확인하고 구체화하는 삼단논법을 따르는 해석 이외의 경우에 관해서는 학자마다 여러 표현으로 정리하고 있으나, 논변의 경제성을 위하여 이를 ‘법형성’이라고 묶을 수 있겠다.

[표 그림 3-3: 영역 모델에 따른 법학방법론의 체계 구분<sup>188)</sup>]



185) 사비니의 법해석 방법론 분류와 라렌츠·카나리스의 구분을 대조하자면, 문언주의 해석은 법형성과 대별되는 법해석에 속할 것이며, 역사적 배경이나 법의 목적 등을 반영하는 해석은 라렌츠와 카나리스가 말하는 법형성에 해당할 것이다.

186) 라렌츠, 카나리스(Larenz, Canaris) 著, 허일태 譯, 『법학방법론』, 2000

187) 박철, “법률의 문언을 넘은 해석과 법률의 문언에 반하는 해석, 2003

188) 김혁기, 법적 추론의 기능에 대한 고찰, p.25의 도표 인용

주된 방법	해 석	유 추
법적용 영역	법문의 의미 내부	법의 흠결 영역
법관의 역할	법규범의 적용	흠결의 보충

법원의 논증이 범명제에 의거하여 엄밀한 논리연역적 과정을 따르는 경우 이를 협의의 법해석 판결이라고 할 수 있다. 그러나 단순한 논리연역적 사고 외에도, 헌법적 가치질서와 법원리를 반영하여 귀납적·종합적 사유를 논증에 동원하는 경우, 이는 법형성 판단이라고 정리할 수 있다.

영역 모델에 따르면, 법형성은 법발견(법해석)과 상기와 같이 대비된다. 법형성 판결은 엄밀한 의미의 법해석에 따른 판결이 아니다. 논리적 추론에 의하여 법규칙에 따른 법효과를 적용시킬 수 없는 사안에서 법형성이 일어나기 때문이다. 순수하고 엄밀한 개념의 법해석적 논증을 따라가다가 막다른 골목에 다다르는 경우가 존재한다. 학자에 따라서 법형성을 다양하게 분류하나<sup>189)</sup>, 법원이 실정법의 근거 외에 다른 논소를 논증에 활용하는 경우로 볼 수 있다. 법형성은 법의 흠결을 보충하고 실정법명제를 연역적으로 적용한 결과물 이상의 결정을 산출한다.

## 2. 사비니의 방법론 구분과 법해석의 초점

### 가. Savigny의 법해석 방법론

법원이 결정을 산출함에 있어서 중요한 점은 법관의 법률구속의 원칙을 일탈하지 않으면서도 구체적 사안에 적합하고 타당한 판결을 내려야 한다는 것이다. 우리 법원 역시 법해석이, ‘법의 표준적 의미를 밝혀 객

189) 예컨대, 라렌츠와 카나리스는 ‘흠결’의 개념에 따라서 법형성을 법률내재적 법형성, 초법률적 법형성, 법에 반하는 법형성으로 구분한다.

관적 타당성이 있도록 하여야’ 함과 동시에 ‘구체적 사안에 맞는 가장 타당한 해결이 될 수 있도록, 즉 구체적 타당성을 가지도록’ 해석하여야 한다고 밝히고 있다. 법원의 결정 도출은 일견 상반될 수도 있는 이러한 기준을 충족해야 하기 때문에 다양한 방법론을 구체적 사안에 따라서 선택하여야 한다고 말한다.

이처럼 해석은 “본질적으로 법관의 창조적 활동이므로 법의 정합성과 권위를 위해서는 해석의 기준이 필요”하다<sup>190)</sup>. 법적 논증만으로 모든 여하한 법적 결정이 산출되는지 아니면 그 이외의 것이 개입하는지에 관하여 분석할 필요가 있다. 이 지점에서 정교한 법해석 방법론이 발전하게 되었다. 사비니(Savigny)의 고전적인 법해석 방법론 분류에 따르면, 법해석은 ①문리적(문언중시적) 해석, ②체계적(논리적·문맥적) 해석, ③역사적 해석, ④목적론적 해석으로 크게 네 가지로 분류되는데, 현실의 판결은 해석방법론은 특별히 소명하지 않고 판결을 내리거나, 여러 방법론을 동시에 채택하기도 한다. “법률의 입법 취지와 목적, 그 제·개정 연혁, 법질서 전체와의 조화, 다른 법령과의 관계 등을 고려하는 체계적·논리적 해석방법을 추가적으로 동원<sup>191)</sup>”한다고 말한다.

사비니가 분류한, 문리적 해석, 논리적·체계적 해석, 역사적 해석, 목적론적 해석의 방법론은 다양한 경우에서 관찰되는 법해석 방법론을 일정한 유형으로 범주화하여 간명한 이해를 제공하는 장점이 있으나, 실제 사안에서 어떠한 해석방법론을 적용하는 것이 더욱 타당할지 그 우선순위를 결정지움에 유효한 지침을 제공하지는 못 하고 있다.<sup>192)</sup> 또한 사비

190) 김혁기, “법해석에 의한 모호성 제거의 불가능성”, 2009, p.123

“해석은 본질적으로 법관의 창조적 활동이기 때문에, 법의 정합성과 권위를 위해서는 해석의 기준이 필요하다. (...) 법의 불확정성은 필연적으로 사법 재량을 초래하기 때문에, 해석의 불확정성을 제거할 수 있는지가 문제가 된다. 이에 대한 대답은 법적 불확정성의 대표적 연원인 모호성에 대한 분석으로부터 구할 수 있다. 법의 모호성은 필연적이고, 감축불가하며, 광범위하기 때문에, 법의 불확정성 역시 심각하다.

191) 대법원 2009. 2. 23. 006다 81035 판결 ; 대법원 2010. 12.23, 2010다81254 판결 ; 대법원 2014. 1. 20, 2013도12939 판결 등

192) 심헌섭, “법획득방법의 기본구조에서 본 법학과 법실무” p.39

“법학이 하는 일은 크게 해석과 체계구성이다. 즉 법학은 법획득에 있어서 학문적, 체계적 작업을 한다. 일찍부터 법학은 법해석을 근거지우는 이른바 해석의 ‘canones’를

니의 분류에 근거하여 학자마다 강조하는 해석방법론은 다양하다. 여러 해석 방법론은 법률 문언을 어느 정도로 중시하느냐에 따라 달라진다.

## 나. 법문언주의

사비니의 고전적 방법론 중, 엄격한 문언주의(textualism) 법해석을 주장한 스칼리아(Scalia)는 법률 문언의 중요성을 강조하며 문언에 충실하게 정확한 해석을 하여야 함을 강조한다. 법해석은 법 문언(text)의 어의(語義)를 파악하는 것이며, 법 문언은 해석의 출발점이자 한계이기 때문에 법 해석은 문언의 가능한 한계를 넘어설 수 없다는 강고한 입장이다. 따라서 법해석의 대상이 되는 것은 성문의 텍스트이며 법해석의 대상을 법 문언에서 더 확장하는 것에 대하여 매우 엄격한 태도를 취한다.

법 문언주의에 관한 모든 비판 중에서, 가장 터무니없는(mindless) 비판은 법 문언주의가 ‘형식주의적(formalistic)’이라고 비난하는 것이다. 그러한 비판에 나는, ‘당연히 형식주의적(of course it’s formalistic)’인 것이 법 문언주의의 본질이라고 답한다. 법치주의 자체가 ‘형식’에 관한 것이기(The rule of law is about form) 때문이다. (...) 형식주의여, 영원하라(Long live formalism)! 바로 형식주의(formalism)야말로 우리 정부를 사람의 지배에 따르는 정부가 아니라 법의 지배에 따르는 정부로 만드는 것이다.<sup>193)</sup>

스칼리아(Scalia)로 대표되는 법문언주의자들의 견해에 따르면, 법 문

---

열거하려 애썼고, 범함수의 경우 이를 보충할 논거를 제시하려 했고, 규범충돌이나 입법상의 오류가 있을 때 이를 수정할 가능성을 검토하였다.

해석의 canones로는 Savigny 이후 ①문언(문리적), ②문맥(논리적, 체계적), ③발생사(역사적), ④목적(목적론적)을 드는 것이 보통이었으나, 요즈음은 여기에다 비교법학적, 합헌적 해석 등이 덧붙여져 그 수가 일정하지 않다. 요컨대 이러한 해석의 canones는 말하자면 ‘해석의 수단’이다. 그런데 이러한 수단의 확고한 서열이 문제이다. 문리가 해석의 출발점이기 는 하지만 해석의 여지가 있을 때 이를 어떻게 확정하는가이다.”

193) Scalia, "Common Law Courts in a Civil Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws", in A Matter of Interpretation, 1997, p. 25

언의 가능한 의미의 한계 내에서 이루어지는 결정은 법해석이며, 법 문언의 가능한 의미를 넘어서는 해석은 더 이상 해석이 아니다. ‘임의적이고 주관적인 생각이나 자의적인 결정’이 될 수 있기 때문이다. 따라서 문언주의자들에게 법문언에의 충실성은 법치(法治)를 보장한다.<sup>194)</sup>

법문언주의가 법해석에 기여하는 바가 적다고 비판<sup>195)</sup>할 수도 있으나, 법문언의 강조는 법관의 논증의무를 강화하는 측면이 있다.

“신문언주의는, 법률 해석이 국가기관들 사이의 권한 배분에 관한 문제이고, 법률 해석 방법의 선택은 헌법적 구조에 나타난 가치에 의하여 정당화되어야 한다는 점을 좀 더 명확히 인식하도록 요청한다. 우리 헌법상 민주주의와 법치국가의 원리, 법관의 법률에의 기속 원칙에 의하면, 법관은 입법부가 한 결정에 따라야 할 의무가 있고, 법률 규정의 불확정성과 불완전성 때문에 법관에게 어느 정도 사법재량이 있다고 하더라도 그 재량의 행사는 일정한 한계 내에서 이루어져야 하는 것이다. (...) 즉 법원이 법률 문언의 가능한 의미를 벗어나는 해석을 할 경우에는, 단지 구체적 타당성만을 근거로 삼아서는 안 되고 법관의 법률에의 기속 원칙이 예외적으로 후퇴하여야 할 이유와 근거에 관하여 논증과 설명의 의무를 다해야 한다는 것이 신문언주의의 시사점이라고 할 것이다.”<sup>196)</sup>

법문언주의는 행정법 해석을 중심으로 발달한 이론이라는 점에서 본 연구에서 주된 분석 대상으로 삼는 환경 분야의 민사 손해배상 사안의 분석에는 일정한 한계가 존재하나, 법원이 사법재량의 행사함에 있어서의 자제와 신중함을 요청하는 근거가 된다는 점에의 그 의의가 있다.

## 다. 문언을 해석하는 주체의 중요성

---

194) 심헌섭, “법획득방법의 기본구조에서 본 법학과 법실무”, 서울대학교 법학, 제 23권 제1호, 1982, p.35

195) 김혁기, “법해석에 의한 모호성 제거의 불가능성”, 2009, p.138

196) 이상운, 신문언주의, 2016, p.261

이에 대하여 해석자의 창조적 역할을 감안하며, 법률 문언을 따르라는 것은 법치주의를 보장하기 위하여 법관의 논증 작업에 대한 ‘지침’으로서 는 의의가 있겠으나, 실제의 문제사안에서 법률 문언의 의미하는 바가 이미 명확하다면 해당 법조항과 결부된 사안이 법원의 문턱을 넘을 일 자체가 없다고 비판할 수도 있다. 바락(Barak)은 아무리 법 문언이 단순 명료하더라도 해석은 반드시 필요하다고 강조한다. 법이 단순명료하다는 (plainness) 사실 그 자체가 이미 해석의 결과물이므로 자명(自明)한 법률은 없다.

법 문언이 단순명료하다는 사실이 법해석의 필요성을 제거하지는 않는다. 왜냐하면 특정한 법 문언이 단순명료하다는 것 그 자체가 이미 법 해석을 거친 산물이기 때문이다. 해당 내용의 의미가 무엇인지 논쟁이 일어나지 않는 법 문언조차도 법해석을 요구한다. 왜냐하면 법 해석을 거쳐서야 공통된 이해(이견의 부존재; absence of dispute)가 가능하기 때문이다.<sup>197)</sup>

명백한 사안은 해석이 필요 없다(In claris non fit interpretatio)”는 입장을 비판하는 연장선상에서, 바락은 법 문언(text)의 의미가 성문화된 법문에 한정되지 않으며 법적 의미를 창출하는 여하한 사회적 행위 역시 법의 문언에 포함된다고까지 설파한다.<sup>198)</sup> 하지만 이는 언어의 통유성을 넘어서는 다소 극단적 성격의 주장이라고 할 수 있다.

유효한 법 문언의 존재를 상정해보자. 문제는 그러한 법 문언에 어떠한 의미를 부여하느냐 하는 것이다. 해석 작업은 법 문언 안에 갇혀 있는 규범의 내용을 형성한다(interpretation shapes the content of the norm “trapped” inside the text). 해석의 대상이 되는 문언은 헌법이나 제정법, 관습법 등과 같이 그 성격이 일반적인 대상을 위한 것일 수도 있고, 계약이나 유언과 같이 개별적 관계의 것일 수도 있다. 그 문언은 명문화된 문언일 수도 있고 묵시적인 문언일 수도 있다. ‘문언(text)’이라는 말은 단순히 명문화

---

197) Aharon Barak, Purposive Interpretation in Law, 2005 p.4

198) Aharon Barak, 전게서(주 179), p.3



된 문언에 한정되지 않고 구두에 의한 발화도 문언일 수 있으며, 법적 규범을 생성시키는 모든 행위가 [해석의 대상이 되는] 문언이다(any behavior that creates a legal norm is a "text").

여기에서 바락이 말하는 ‘문언’은, 본인의 주장을 보다 강조하기 위하여 문언이라는 표현을 사용하였으나 실제로는 정책적 여건 등을 포함하는 것으로 이해함이 적합할 것이다. 다만, 바락(Barak)은 법을 법전법(code)과 제정법(statute)으로 구분하여, 입법적 기획에 따라 상세한 규정으로 이루어진 제정법(statute)에 비하여, 기존의 통용되던 법 규범을 정리한 법전법(code)의 영역에서 법원의 사법재량이 더 크게 인정된다는 관점에서 본다. 이러한 논리의 연장선상에서 바락은 법해석에 있어서 목적주의 관점을 강조한다.

#### 라. 입법자의 의도주의

법해석은 해당 규정의 객관적 목적 내지 기능을 살펴보고, 다른 규정과의 관계 및 체계적 정합성을 고려하여야 한다는 의견도 많다. 예컨대 포즈너(Posner)는 입법 당시의 가치가 법률 해석에 반영되어야 한다는 의도주의를 주장하였다. 문언상 불분명한 입법자의 규율 의도를 추적하여 밝히고, 입법자 의사대로 법을 해석하자는 것이다. 그러나 입법자의 의도를 중시하는 해석 역시 비현실적 전제를 충족해야 한다는 비판을 피하기 힘들다. 의회가 합리적인 단일 행위주체로서 입법적 결정을 내린 것이 아니기 때문이다.

특히, 입법자의 의도 혹은 의회의 의도가 만들어지는 의회가 하나의 단일한 의사결정 주체로 이루어진 것이 아니라 상당히 많은 숫자의 서로 다른 생각을 가지고 있는 의원들로 구성되어 있다는 점 (...) 여러 정치적 고려에 의해 서로 치열하게 다른 의견을 가진 의원들이 상원과 하원에서 복잡다양한 협상과 거래를 통해 통과시킨 법률의 문언에서 읽어낼 수 있는 정확한

‘입법자의 의도’는 과연 무엇인가? 그 입법과 논쟁의 과정을 정리한 의회의 의사록 혹은 속기록에 표현되어 있는 개별 의원들의 진술에 대해서 법률해석의 근거로서 얼마나 높은 가중치를 부여할 것인가?<sup>199)</sup>

입법자의 의도는 파악하기 어렵거나 혹은 존재하지 않는다고 보는 것이 현실에 더욱 가깝다. 입법자의 의도는 얼마든지 특정한 해석 내용을 뒷받침하기 위하여 오역될 수 있고, 입법자의 의도가 잘못되는 경우도 있다<sup>200)</sup>. 정치적 타협과 협상의 과정에서 얻어진 산출물로서 법을 이해하는 것이 더욱 현실적이다. 또한 법의 권위는 입법자의 권위와 혼동될 것이 아니다<sup>201)</sup>. 이러한 상황에서 입법자의 의도를 고려하여 법해석을 하는 것은 잘못된 전제 위에서 논리를 전개하는 일이 될 것이다. 또한 이는 ‘입법자의 의도’라는 가치 지향적이고 주관적인 기준에 따라 법의 의미를 찾으려는 것이므로 엄밀한 의미에서의 법해석이라고 칭하기도 어렵다.

### 3. 법해석과 법형성의 구분

---

199) 허성욱, 행정재량에 대한 사법심사기준에 관한 소고, p.539

“특히, 입법자의 의도 혹은 의회의 의도가 만들어지는 의회가 하나의 단일한 의사결정 주체로 이루어진 것이 아니라 상당히 많은 숫자의 서로 다른 생각을 가지고 있는 의원들로 구성되어 있다는 점을 고려 (...) 여러 정치적 고려에 의해 서로 치열하게 다른 의견을 가진 의원들이 상원과 하원에 서 복잡다양한 협상과 거래를 통해 통과시킨 법률의 문언에서 읽어낼 수 있는 정확한 ‘입법자의 의도’는 과연 무엇인가? 그 입법과 논쟁의 과정을 정리한 의회의 의사록 혹은 속기록에 표현되어 있는 개별 의원들의 진술에 대해서 법률해석의 근거로서 얼마나 높은 가중치를 부여할 것인가?”

200) “법을 해석하면서 누구에게나 입법자의 의도가 불명확(indeterminate)한 사안을 만나게 되는 경우, 법 제정자가 의도한 바를 통해서 법을 해석하려는 것은 생산적인 결과를 가져오지 못한다. 입법자 역시 실수를 저지를 수 있기 때문에 부당하거나(unjust) 부조리(absurd)한 결과를 가져오는 입법을 의도했을 수도 있다. (...) 또한 해석자는 입법자의 의도가 아마도 어떠한 것이라고 추측함으로써 특정한 내용의 해석을 도출하는 빌미가 될 수도 있다. (Larry Alexander and Emily Sherwin, De-mystifying Legal Reasoning, Cambridge University Press, pp.170-174)”

201) 김혁기, “법해석에 의한 모호성 제거의 불가능성”, 2009년, p.147

“의도주의는 법해석이 개념적으로 입법자의 권위를 존중하는 방향으로 이루어져야 한다고 주장하지만, 법의 권위는 입법자가 없이도 설명가능하다.”

## 가. 앵기쉬의 구분론

이처럼 법문언주의자들의 주장에도 불구하고, 현실에서 문리적 법해석을 넘어서는 법원의 판단이 존재한다는 사실은 법해석에 관한 정교한 이론을 검토할 때 더욱 확실하게 다가온다. ‘법해석’을 이해하는 입장이 다양하기 때문에, 앵기쉬는 법해석을 세 가지로 구분한다. 앵기쉬가 논증 작업을 법률에 따르는 해석(*secundum legem*), 법률을 초월하는 해석(*praeter legem*), 그리고 법률에 반하는 해석(*contra legem*)이라고 구분하면서 비록 ‘해석’이라는 표현을 사용하고 있으나 법률을 ‘초월’하거나 법률에 ‘반하는’ 해석을 법해석이라고 보기는 어려울 것이다.

앵기쉬가 법률을 초월하는 해석이나 법률에 반하는 해석이 가능하다고 정리한 이유는, 해석의 대상인 ‘법’을 상정함에 있어서 반드시 그 해석의 대상이 구체적인 개별 성문법에만 한정된다고 생각하지 않았기 때문이다. 이러한 앵기쉬의 분류 방식은 법해석과 법형성의 유형을 정치하게 구분한 라렌츠(Larenz)와 카나리스(Canaris)의 법학방법론에서도 동일하게 발견된다.

## 나. 법형성의 다양한 유형 분류

법해석의 개념 범주에 관한 이해가 다양하기 때문에, 법학방법론은 법해석(廣義)을 다양하고 정교한 방식으로 구분하고 있으나, 대부분 ‘법 문언의 가능한 의미’를 분기점으로 하여 법해석과 법형성의 경계를 긋는다. 앵기쉬의 구분과 궤를 같이 하는 라렌츠·카나리스(Larenz, Canaris) 역시 법 문언의 가능한 의미’를 분기점으로 하여 법원의 논증을 법해석과 법형성으로 구분한다.

즉, 라렌츠와 카나리스는 판결을 통한 ‘법형성(*Rechtsbildung*)’을 크게 네 가지로 분류하였다. ①문제사안을 규율하기 위해서 법의 지도이념 내

지는 정의와 같은 법 원리를 논거로 활용하는 결정, ②문제사안에 적용할 법규가 명시적으로는 없으나 사안의 유사성을 들어서 유비추론 방식을 적용하는 결정, ③마찬가지로 구체적 규범이 없기는 하지만 법원이 관련성이 있는 규범을 구체적으로 보완하여 상술하는 규범구체화 결정, ④법의 목적을 들어서 성문법이 말하는 내용을 축소(목적론적 제한)하거나 확장(목적론적 의제)하는 해석 등이 있다.

법률내재적 법형성은 문언의 가능한 한계를 벗어나기는 하였으나, 법률의 목적론적 범위 내에서 방법론적으로 도출된 법형성이다. 즉. 법률의 문언에 명시적으로 드러나 있지는 않지만 법률의 체계적 정합성 등을 고려할 때 그러한 결론을 도출하는 논증이 가능한 내용이며, 협의의 흠결보충 사안으로 분류되는 사안에서 법률 내재적 법형성에 따라서 결론을 도출할 수 있다. 그에 반하여 초법률적 법형성과 법률에 반하는 법형성은 법률의 체계적 정합성을 검토하더라도 그러한 결론이 논증을 통해서 특정하게 도출되지는 않는 경우이다. 초법률적 법형성은 법률 내재적 법형성의 범위를 넘어서는 법형성이다.

[ 표 3-2 : 법해석과 법형성의 구분 ]

<b>법 해석</b>	법문언의 가능한 의미(한계) 내에서 법 적용
<b>법률내재적 법형성</b>	법률의 목적론적 범위 내에서 방법론적으로 도출된 법 형성, 협의의 흠결보충
<b>초법률적 법형성</b>	전체 법질서에 따라, 법의 지도적 원리에 따라서 행해지는 법 형성
<b>법에 반하는 법형성</b>	개별 법률에는 반하지만 법질서에는 반하지 않는 법 형성

초법률적 법형성은 개별 법률을 뛰어넘지만 전체 법질서의 범위 내에서 머무르는 법형성이다. 초법률적 법형성이 법을 파괴하지 않는 것은 법의 지도적 원리의 범위 내에서 행해지기 때문이다. 초법률적 법형성은 법

를 그 자체에서만 도출되는 것이 아니며, 법질서 전체의 의미를 살펴볼 때 도출될 수 있다.

라렌츠·카나리스(Larenz·Canaris)가 상술한 법형성(Rechtsbildung)의 의의는, 사법부의 논증 과정이 현행법에서 답을 찾는 협의의 법해석이라는 연역적 논증으로만 이루어지는 것이 아님을 보여준다. 다만 라렌츠와 카나리스의 이론에서 특기할 점은, 초법률적 법형성이나 법률에 반하는 법형성 모두 자의적 판단과는 달리한다는 점이다. 초법률적 법형성은, ‘전체 법질서의 범위 내에 있거나 그 지도적 원리의 범위 내에서 행해진 법형성’이며, 법률에 반하는 법형성 역시 특정 법률에는 위반되나 법질서 전반을 고려할 때 인정될 수 있는 법형성이다. 법률 문언의 가능한 범위를 뛰어넘는 법형성에 해당하며 법률내재적인 법형성도 아닌, 초법률적 법형성이 인정되기 위해서는 중요한 근거가 제시되어야 한다.

초법률적 법형성을 위하여 Larenz·Canaris가 제시한 방법은, ‘법원리에 따른 법형성(법질서에 내재한 원리들에 따른 법형성)’, ‘유추(사안의 유사성)’에 의하거나 ‘목적론적 축소’에 의한 법형성, 또는 ‘사물의 본성’에 따르거나 규범 구체화를 하는 법형성이어야 한다는 점이다.

#### 다. 법형성 근거이자 한계: 법의 흠결

라렌츠와 카나리스가 정리한 방법론의 성과는, 법의 ‘흠결’이 어떠한가에 따라서 법해석과 법형성을 상세하게 구분할 수 있다는 점이다. 법형성 개념의 구분은 라렌츠와 카나리스가 구분하는 법률 흠결의 구분과 함께 한다. 라렌츠와 카나리스가 강조한 흠결 개념의 중요한 의미는, 법률이 ‘흠결’을 지적하는 곳에서만 법관에게 법형성의 권능을 부여하고자 하는 것이다<sup>202)</sup>. 법형성의 이유와 근거로서 흠결이 제시되고 있으며, 흠결은 법형성의 발동 요건이 된다. 흠결의 내용이 어떠한가에 따라 그에

---

202) 흠결으로 인하여 법원의 법형성을 인정하지만, 역으로 법원이 형성의 권능을 더욱 더 넓게 하면 이는 흠결 개념을 더욱 확장하는 결과를 가져온다.

적합한 법형성을 수행해야 한다는 기능적 한계 속에서 법관은 장래효적으로 법형성 판결을 내릴 권능이 주어져 있다.

흠결을 크게 분류하면, ‘드러난(개방적·명시적) 흠결’과 ‘숨겨진(은폐된) 흠결’이 있다.<sup>203)</sup> 개방된 흠결은, 법률이 (그 자신의 목적론에 따라서 규칙을 포함해야 됨에도 불구하고) 특정한 일군의 사안에 대하여 적용할 수 있는 규칙을 가지고 있지 않는 경우이다. ‘은폐된’ 흠결이 존재하는 경우는, 법률이 문제사안에 적용될 수 있는 규칙을 포함하고 있는 것은 당연하지만, 해당 규칙이 그 의미와 목적에 따라서 문제사안에 적용되는 것이 적합하지 않을 때이다<sup>204)</sup>.

흠결 개념은 법형성의 단초가 되면서 동시에 법형성의 가능한 한계를 지우는 역할을 한다. 법의 흠결을 체계적으로 연구한 라렌츠·카나리스는 흠결의 구분에 따라 각각의 경우 법원이 어떻게 대응하는 것이 적합한 것인지도 설명한다. 라렌츠·카나리스는 명시적 흠결의 경우에는 ‘유추’에 의하여 보충하고 은폐된 흠결의 경우에는 ‘목적론적 축소’에 의하여 흠결을 보충할 수 있다고 말한다. 그러나 ‘은폐된 법흠결’의 개념을 통해서 법형성의 범위를 지나치게 확장하는 것에 대해서 비판의 목소리가 존재한다.<sup>205)</sup>

## 라. 법해석과 법형성의 관계

---

203) 이는 ‘시원적’ 흠결과 ‘후발적’ 흠결로도 옮길 수 있다. (독일어 원어로 표기)

204) 왜냐하면 규칙은 그와 같은 일군의 사안에 대한 평가에 있어서 중요한 특수성을 고려하지 않기 때문이다.

205) 양친수, 법률에 반하는 법형성의 정당화 가능성, (p.116)

“그러나 필자는 은폐된 흠결 개념을 도입함으로써 법형성의 인정범위를 확장하는 논증방식은 적절하지 않다고 생각한다. 물론 이를 인정함으로써 법형성의 허용범위를 법률에 반하는 법형성까지 확장하는 것에 대해서는 결과라는 측면에서는 동의한다. 아래에서 살펴보는 것처럼, 필자 역시 일정한 범위 안에서는 법률에 반하는 법형성 역시 정당화할 수 있다고 보기 때문이다. 그러나 이는 은폐된 흠결 개념이 아닌 다른 논증방식을 사용함으로써 실현하는 것이 더욱 적절하다고 생각한다. 흠결개념을 이렇게 확장하면, 법률보충적 법형성과 법률에 반하는 법형성 사이에 존재하는 규범적 차이가 희석될 뿐만 아니라, 법형성을 이렇게 구분함으로써 달성하고자 하는 법관의 법률구속이념 역시 침해될 수 있기 때문이다. 흠결 개념을 과도하게 확장하게 되면, 궁극적으로는 입법작용과 사법작용의 기능적 차이 역시 사라질 수 있다.”

세밀한 분류에도 불구하고, 라렌츠와 카나리스는 법해석과 법형성을 분절적인 것으로 이해하지 않았다. 법해석과 법형성 양자는 정도의 차이는 있으나 본질적으로 동일한 사고과정으로 분석된다.

“법해석과 법형성은 동일한 사고과정이며 다만 상호 자리하고 있는 그 단계가 다른 것이다. 해석에 내포된 본질적 주관성 때문에, 모든 해석은 - 물론, 그 정도의 차이는 있지만 - 해석 주체의 창조적 작용이다. 해석 주체의 창조적 속성은 이미 단순한 해석을 할 때조차도 원칙적으로 존재한다. 다만, 협의의 해석의 한계를 벗어나는 법 형성에 있어서는 그러한 주체의 창조적 부분이 증대한다. 그리고 해석은 개방된 법 형성 과정 속에서 중단 없이 지속된다.”<sup>206)</sup>

라렌츠와 카나리스는 광의의 법해석을 협의의 법해석과 세분화된 법형성으로 구분하였으나, 법관의 법형성을 법해석의 연장선상에 있는 것으로 보고 인정하였다.

“법 해석은 협의의 법 해석과 광의의 법 해석으로 구분할 수 있는데, 협의의 법 해석의 한계는 ‘법 문언의 가능한 의미’이다. 법 문언의 가능한 의미라는 법 해석의 한계를 넘어서는 경우, 이는 더 이상 법 해석이 아니라 법관의 법 형성으로 본다. 예컨대, 판례에 의하여 (기존과 달리) 변경된 해석은 사실상의 법 형성을 의미한다. 법원이 문언의 가능한 의미에 따라 여러 법률 규범들 중 하나를 문제사안에 적용하기에 적정한 것으로 확인하고, 그를 통해 해당 결정 이전에 존재하던 불확정성을 제거하는 경우, 이를 법 규범의 ‘형성(Fortbildung)’이라고 할 수 있다.”<sup>207)</sup>

Larenz와 Canaris는 모든 해석은 -비록 정도의 차이는 있지만 - 해석 주체의 창조적 작용이며, 해석에 내포된 본질적 주관성이 있음을 인정한다. 해석 주체의 창조적 부분은 이미 단순한 해석을 함에 있어서도 원칙

---

206) 라렌츠, 카나리스(Larenz, Canaris) 著, 허일태 譯, 『법학방법론(Emthodenlehre der Rechtswissenschaft)』, 2000

207) Larenz, Canaris, 전게서(주 189)

적으로 존재하기 때문에 기계적으로 자동화된 해석은 불가능하다는 것이다.

이처럼 “한편으로 법 발견과 법형성에는 동일한 기준들이 작동할 뿐만 아니라, 해석에는 법관이 가치 관련적이고 창조적인 활동이 개입할 수밖에 없어 과연 어느 범위까지가 가능한 의미의 폭인가를 구체적으로 확정할 수 없다는 것<sup>208)</sup>”은 법학방법론을 연구하는 여러 학자가 지적한다.

#### 4. 법형성의 의미

이 연구에서는 정확한 전달을 위하여 향후 이 글의 논의에서 사용되는 법형성을, “법원이 판결의 이유를 근거지우는 논증(legal reason)에서 법명제를 단순하게 적용하는 논리 연역적인 사고과정에 의하지 않는 논증방식”으로 정리한다. 법적 문제에 관한 결정은 반드시 논리적으로 정제된 이유와 합당한 근거가 있어야 한다. 다만 그 결정의 논거가 순수한 법해석 과정에 의해서 도출되지 않는 경우도 존재한다.

법형성의 개념은 문맥에 따라 다양한 의미로 사용하고 있기 때문에, ‘법형성’이라는 정확한 어의(語義)를 검토할 필요가 있다. 법형성은 문제사안에 적합한 결정을 산출함에 있어서 법해석에만 의거해서는 법원이 그 소임을 다하지 못하는 상황이 종종 발생하기 때문이다. 이 경우 법원은 법형성적 판결을 내리는데, 이러한 법형성 판결에 있어서 논리적 논거 외에도 사회적·정책적 논거가 동원된다.

즉, 향후 논의에서 법형성은 ①실정법에 따라서는 명확한 결론이 도출되지 않는 경우, ②실정법에 따라서는 명확한 결론이 도출되지만 그 결론을 수용하기 어려운 경우(부정의한 결론, 혹은 비효율적 결론)를 의미한다. 논변의 경제성을 위하여, 법원이 불확정 사안에 관한 발화(發話)하는 경우와, 법문언의 가능한 의미로부터 일탈(법률에 반하는 해석<sup>209)</sup>)하는

208) 김영환, “한국에서의 법학방법론의 문제점”, 2015

209) 사실상 ‘법률에 반하는 법해석’이라는 표현은 - 비록 보편적으로 사용되는 표현이긴 하나 - 그 자체로 모순이 많다고 본다. ‘법해석’이란 표현의 정확한 의미



결정을 내리는 경우를 ‘법형성’이라고 묶을 수 있겠다. 이러한 법형성 판결은 ‘법관법’으로도 이해될 수 있다.

“법관의 법형성이 이루어지거나, 혹은 일반조항이나 불확정조항의 구체화와 함께 다른 사안들에도 적용될 수 있는 법리의 형성이 있게 되면, 우리는 이를 법관법이라고 부르는 경향이 있다. 혹자는 법률의 통상적 조항들에 대한 해석가능성에 여러 가지 가능성이 있을 때 이 중 하나의 법리를 법원이 구체화해 내고 이후의 판결에서도 해당 법리가 적용될 때 이를 법관법이라고 부르는 이도 존재한다.<sup>210)</sup>”

①과 ②의 법형성을, ‘법률보충적 법형성<sup>211)</sup>’과 ‘법률에 반하는 법형성 (contra legem)’으로 구분할 수도 있을 것이다<sup>212)</sup>. 법원이 문제사안의 해결을 위하여 법리를 ‘형성’하는 것은 성문법이 ‘침묵하고 있는 비어있는 공간에 구체적 기준을 채워 넣어야<sup>213)</sup>’ 판단이 가능한 경우이거나(불확

---

는 문자 그대로 ‘법률을 풀이하는 것’이다. 하지만 그럼에도 불구하고 법원의 법형성적 판결을 두고, ‘법률에 반하는 법해석’이라는 모순적인 표현을 사용하는 것은, 법형성의 부담감으로 인하여 안존(安存)을 찾는 표현인 것이 아닌가 한다.

210) 이계일, 판결의 법산출성을 강조하는 법이론의 입장에서 본 법관법: 에썬, 피켄 처, 밀러를 중심으로, p.6

211) 양친수, 법률에 반하는 법형성의 정당화 가능성, p.117

“법률보충적 법형성은 입법자에 종속적이면서 입법자의 의사를 더욱 완전하게 만들고자 한다. 이 점에서 법률보충적 법형성은 ‘법률내재적’이다. 큰 틀에서 보면, 법관의 법률구속이념에 충실하다고 말할 수 있다. 이 점에서 법률보충적 법형성은 학설과 판례에 의해 폭넓게 지지된다.

이 뿐만 아니라 법률보충적 법형성은 실정법을 통해서도 정당화된다. 이를테면 ‘법원’ 규정인 민법 제1조는 “민사에 관하여 법률에 규정이 없으면 관습법에 의하고 관습법이 없으면 조리에 의한다”고 함으로써 민사법규범에 흠결이 있는 경우에는 조리를 원용해 이를 보충할 것을 명령하고 있기 때문이다. 이는 민사법관에서 법률보충적 법형성에 대한 권한을 부여하고 있는 것이다.”

212) 양친수, 법률에 반하는 법형성의 정당화 가능성, p.114

“법형성은 법률보충적 법형성과 법률에 반하는 법형성으로 구분된다. 그러나 사실 이렇게 법형성이 두 유형으로 언제나 명확하게 구분되는 것은 아니다. 구체적인 상황에서는 해당 법형성이 법률보충적 법형성인지, 아니면 법률에 반하는 법형성인지를 명확하게 구분하기 어려운 경우도 존재한다. 그 이유는 법형성과 밀접한 관련을 맺는 흠결 개념 자체가 명확한 것만은 아니기 때문이다.”

213) 법원이 법규범이 구체적으로 존재하지 않는 영역에서 구체적 사안에 적합한 결정을 내리기 위하여 보충법리를 형성하는 경우도 있다. 이러한 규범 형성적 판례의 대표적인 예로서 ‘위험예의 접근 이론(서울중앙지법 2015.9.25.선고, 2013가합

정 상황), 혹은 성문법이 특정한 결론을 지시하고 있으나 문언 그대로 적용하였을 때 지나치게 가혹한 결과가 되는 것을 우려하여 법 규정을 그대로 따를 수 없는 경우이다.

엄격한 법해석에만 의존하여서는 사법 기능이 정지될 수밖에 없는 사안에서 법원은 종합적 사고를 통하여 구체적 사안에 적합한 규범을 현출하고 있다. 법체계 내부의 자료를 활용한 순수 연역적 논증만을 통해서 결정이 산출되지 않는 경우, 해당 사안을 규율하는 법원의 결정은 정책적 결정의 성격을 지니고 있다. 그리고 정책적 결정의 결과물로서 산출되는 것은 법원의 ‘법형성’ 판결이다. 법원이 법형성 판결을 내리는 경우, 이는 순수하게 법적인 논증으로만 구성되었다고 보기 어렵다.

법형성 판결이 산출되는 경우에는 법적 논증이 범주화와 연역적 과정을 통해서 법적 효과를 도출하는 순서로 법적 사고가 진행되는 것이 아니라, 제반 요소를 총체적으로 고려하여(all things considered) 구체적 정의와 형평에 맞는 합당한 결론을 내리게 된다. 이를 앞서 정리한 법해석 및 법형성을 구분한 기준 틀에 따르면, 법률 문언을 넘어선 해석 내지 법형성이라고 할 수 있다.

이와 같이 법형성 판결은, 법원이 논증에서 활용한 자원이 무엇인가 - 현행 실정법규범에 한정되는가, 그 이외의 자원들도 있는가 - 여부와, 논증을 구성하는 방식 - 큰 것에서 작은 것을 끌어내는 논리연역적 방식인가, 사안과 관련된 제반 사정을 종합적으로 고려하는 방식인가 - 에 따라서 법해석 판결과 차별화된다.

---

505176·2014가합580594 등)’을 들 수 있다.

## 제 2 절 법원의 논증과 사법재량

### 제1항 ‘법 문언’의 가변성

#### 1. 언어의 모호함과 법의 불확정성

법문언이 선명한 하나의 의미를 뚜렷하게 지시하지 않는 경우, 법관이 유일한 정답을 찾기는 쉬운 일이 아니다. 법이 상호 충돌하는 경우도 있으며 법이 무엇을 말하는지 모호한 경우도 있다. 하지만 이를 다른 관점에서 볼 때 사안을 담당하는 법관은 운신의 폭, 재량을 행사할 수 있게 된다. 법문언의 의미가 단 하나로 수렴되지 않는 경우, 여러 가능한 의미의 범주 내에서 적합한 의미를 선택하여 결정을 도출할 수 있기 때문이다.

예컨대 ‘불확정 개념’은 법원의 논증(reasoning)작업을 통해서 그 의미가 구체화된다. ‘불확정개념’은 법규범의 일반·추상성이 더욱 두드러짐으로써 여러 가지 기능을 수행한다. ‘불확정개념’의 의의는 여러 측면에서 분석될 수 있다. 법의 침묵, 한 사안에 적용될 수 있는 상호 충돌하는 경쟁적 관계의 여러 법규범의 존재, 그리고 언어의 모호<sup>214)</sup>한 경계선(borderline<sup>215)</sup>) 등이 불확정성을 야기한다. 그 중 중요한 일축(一軸)은 ‘불확정개념’을 통해서 법의 변화 혹은 변용이 가능하다는 것이다.

법의 불확정성(indeterminacy)<sup>216)</sup>이 발생하는 이유는 다양하다<sup>217)</sup>. 이

214) 이른바 ‘공원 내에 탈것의 진입 금지(no vehicle in the park)’ 사례가 대표적이다. 어디까지를 ‘탈 것’의 개념 범주로 보아야 하는지가 문제된다.

215) Hart, Concept of Law, p.123

216) 법의 불확정성이 반드시 법의 흠결 때문만은 아니다. 법의 불확정성과 법의 흠결 개념을 함께 살펴보면, 법의 불확정성 개념이 보다 명확하게 확인 가능하다. Kelsen은 법의 불확정성은 인정하지만 법의 흠결은 부정한다. Kelsen은 법이 불확정적이라고 하더라도 유효한 법질서를 적용할 수 있다면 이는 법의 흠결이 아니라고 보았다.

217) 김혁기, “법해석에 의한 모호성 제거의 불가능성”, 2009, p.131

“법이 충돌할 뿐만 아니라 충돌하는 규범들이 제시하는 법적 근거의 가치가 통약불가

경우 법적 불확정성은 하트(Hart)가 강조하는 것처럼 법의 언어적 성질에서 비롯되는 경우도 있지만, 추상성이 강하고 다층적인 강한 법 고유의 특성에서 비롯되기도 한다.

불확정개념을 다루는 법원은 ‘해석의 폭’이 넓어지면서 그와 함께 사법의 재량영역이 증대한다. 사법부는 근대적 권력분립 이론에 따라서 법의 해석 기능을 부여받았으나 그 실질에 있어서도 사법재량을 통해 법을 확인하고 형성하는 기능을 수행한다. 법의 모호성과 사법재량에 관하여, 사법의 불확정성과 법규범의 모호성은 사법재량의 크기와 연계된다는 연구(김혁기, 2009)는 다음과 같은 결론을 내린다.

“모호성은 사법재량의 문제를 진지하게 고민할 필요가 있음을 시사한다. 대개의 법이론은 법이 부분적으로 불확정적임을 인정한다. 법규범은 일반적이거나 추상적이어서, 구체적 사안에서는 조금의 불확정성을 감수할 수밖에 없다는 것이다. 그런 관점에 서면, 사법재량은 사소한 필요악에 불과하다. 사법재량이 법치에 반한다고 인정하면서도, 법관의 직관이나 재량을 크게 염려하지 않는 것은 재량 영역이 매우 협소하다는 믿음에 기초한다. 그러나 법은 광범위하게 모호하며, 따라서 사법은 불확정적 사안을 다루게 될 가능성이 크다. 모호성은 도덕적 추상적 규범표지에 한정되지 않으며 경험적 기술적 규범표지에서도 나타나기 때문에, 사실상 거의 모든 법적 개념들은 모호하다. 모호성은 본성상 사실 관계에 대한 정보가 주어진다고 해서 감소되지 않으므로 선례나 입법과 같은 법 제정행위를 통해 약정적으로 제거하기도 곤란하다. 오히려 규정이 모호할 때에만 다양한 사안들을 규율할 수 있다는 점에서 모호성은 법에 필연적이고 바람직한 측면이 있다. 무엇보다, 재판에까지 이른 사안들은

---

능(incommensurable)할 때만 법은 불확정적이다. 가치의 통약불가능성은 한 가치가 다른 가치보다 우월하다는 명제의 모호성 문제로 이해할 수 있다. 예를 들어, 표현의 자유와 명예보호 간에 통약불가능성은 ‘표현의 자유가 명예의 보호보다 중요하다’는 명제를 적용하기 어려운 사안이 있다는 말로 표현할 수 있다.

충돌과 반대로, 법의 공백은 법규범이 빈약할 때 발생한다. 특히 다른 연원과 달리 법의 공백에서는 아예 법규범이 존재하지 않기 때문에, 불확정성이 더 두드러져 보인다. 그러나 공백은 법체계가 발전하여 법규범이 증가할수록 감소할 가능성이 크다. 또한 법이 부재하는 영역에서는 개인의 자유를 보장하는 것이 자유주의 정신에 부합한다는 점에서, 공백이란 관념을 인정하는 것 자체가 부적절한 측면에 있다.

주로 경계 사례일 것이므로, 사법에서의 불확정성은 더욱 심각할 것이다. 결과적으로 모호성은 사법제량의 광범성을 주장할 근거가 된다<sup>218)</sup>.

법관은 법이 하나의 결론을 완결적으로 지시하지 않는 경우에도 법적 결정을 내려야 한다<sup>219)</sup>. 법의 불확정성(legal indeterminacy)은 양면성이 있는데, 법규범 자체로는 특정한 법적 결론을 완결적으로 만들어내지 못하기 때문에 법적 문제가 어떻게 해결될 것인지에 관한 예측가능성이 저해됨으로 인하여 법적 안정성이 취약해지는 문제가 있는 반면에, 다양한 문제사안에 보다 능동적으로 대처할 수 있다는 장점도 있다. 다음의 분석처럼 “법적 결론에 탄력성을 부여하고, 사회 현실의 변화에 따른 법의 성장을 돕는 긍정적 측면”이다.

법이 확정적이라는 말은 법적 물음에 대해 유일한 해답이 주어져 있음을 뜻한다. 즉 어떤 사안에 관하여 법이 오직 하나의 결론을 지시할 때 법은 확정적이다. 이와 달리 법이 불확정적이며, 법적 결론의 선택은 법이 아닌 다른 무엇에 근거하게 된다. 따라서 불확정성은 법의 자율성과 독립성을 의심하게 만들고, 나아가 법이 행위 기준의 역할을 감당하기 위해 지녀야 할 안정성과 확실성을 저하시키며, 법관의 자의를 허용함으로써 법치를 훼손할 수 있다. 법의 불확정성이 확정성의 결여라는 부정적 가치만 갖는 것은 아니다. 불확정성은 구체적 사안의 법적 결론에 탄력성을 부여하고, 사회 현실의 변화에 따른 법의 성장을 돕는 긍정적 측면도 지닌다.<sup>220)</sup>

법관이 법적 결정(legal decision making)을 산출해내는 과정에 있어서

---

218) 김혁기, “법해석에 의한 모호성 제거의 불가능성”, p.136

219) 김혁기, 2009, “법의 불확정성 연구”, 서울대학교 법학박사 학위논문, p.185

불확정성이 법의 정당성에 결부되는 일차적인 원인은 불확정적 사안의 판단이 법이 아닌 법관에게 맡겨진다는 사실이다. 법관의 근본 역할은 자기가 맡은 분쟁에 유관한 법을 발견하고 적용하는 것이다. 그런데 법이 사안의 유일한 결론을 지시하지 못하는 경우에도 법관은 판결을 회피하거나 새로이 입법이 되기까지 무한정 기다릴 수 없다. 법관은 자신의 판단에 의존해서 결정해야만 한다. 불확정적인 사안의 판단은 법관에게 결과에 구속되지 않고 선택할 권한이 부여된다는 점에서 재량적(discretionary)이다. 재량의 행사는 법에 반하는 판결[은] 아니지만 법을 새로이 만드는 것에 가깝다.

220) 김혁기, 법의 불확정성 연구, 서울대학교 법학박사 학위논문, p.1

하나의 준거 규범에 의존하여 단일한 정답을 찾기 어려운 법의 불확정성은 치밀하게 제정법이 발달한 분야이건 법원이 틈새 입법을 하는 보통법 분야이건 항상 풀어야 하는 도전으로 존재한다.<sup>221)</sup>

## 2. ‘법 문언의 의미’의 의미

법률 문언 그 자체는 정확한 의미를 추출하기 위해서 논증이 필요한 예비규범이다. 법원은 논증을 통해 법의 내용을 확인함으로써 법규범을 반복·재생산을 통해서 동일한 규범적 실질을 유지할 수도 있고, 법형성적 판결을 통해 입법부의 개폐(改廢) 작업이 없어도 법의 내용을 실제적으로 변화시킬 수 있다.

법원이 논증과 판결을 거쳐서 규범 내용의 실질적 변화를 가져올 수 있는 것은 법의 불확정성에서 일부 기인한다. 법문언의 지시가 완벽하게 확정적이라면 법원의 논증이 특별한 의미를 산출하지 못 한다. 그러나 일반 추상적인 법률은 구체적으로 그 의미를 규명하는 작업, 그리고 불확정적인 영역에 대하여 법원으로 하여금 그 틈새를 메우는 작업을 요청하게 된다.

하트(Hart)에 따르면, 언어의 속성상 법적 개념은 불확정적 영역을 필수적으로 가진다. 법 언어는, 확실한 핵심(core of certainty)과 의심스러운 주변(penumbra of doubt)으로 구성되어 있으며, 주변부에서 불확정성 문제가 발생한다. 하트는 의미의 핵심(core)과 주변(penumbra)을 구별하며, 언어 자체에 내재한 불명확성으로 인해 어떠한 법 개념도 의미의 주변으로부터 자유로울 수는 없다고 말한다. 쟁론의 대상이 되는 사안이 해당 언어의 주변부(penumbra)에 해당하는 경우에는 의미의 모호함과 불확정성으로 인하여 법관은 법해석에만 의거한 판단을 내리기 곤란하

---

221) 불확정성 문제의 요체는 법적 결론을 확정적·완결적으로 찾기 어렵다는 것이 요체이기 때문에, 법의 불확정성은 제정법 분야인가 보통법 분야인가에 따라서 어느 정도 차이는 있을 수 있지만 어떠한 곳이나 상존하는 문제라고 할 것이다.

다.

법언어의 모호성은 일반적 대상을 예정한 법률만이 아니라, 당사자들의 상호합의 하에 작성된 약정의 경우에도 문언의 명확한 의미 확정을 위하여 법원의 판단을 요청하게 만든다. 예컨대 퇴사 근로자가 이전의 회사와 맺었던 경업금지약정에서의 ‘보호할 가치있는 사용자의 이익’과 같이 모호한 문구는 당사자의 서로 다른 이해로 인하여 의미 확정을 위한 법원의 개입을 필요로 한다.<sup>222)</sup>

법의 언어가 모호하면 모호할수록, 법관은 3단 논법의 연역적 과정으로 판단을 내리는 것이 아니라, 여러 가능한 대안 중에서 어느 하나를 선택하는 사법재량을 행사하게 된다.

일견 빅스(Bix)의 비판처럼 하트는 언어와 법의 문제를 구별하지 않는 맹점<sup>223)</sup>도 일부 보이고 있으나, 법이 불확정적이거나 불완전하여 규율이 어려운 사안의 경우, 해당 사건을 담당하는 법관들은 필연적으로 법 창설적 재량을 행사한다는 하트의 주장은 현실적이다.

언어분석과 법리학의 관계를 완전하게 분리하기는 어려우나 법학 고유의 문제로 불확정성을 살피자면, 법의 불확정성을 ‘언어적’ 불확정성에서 파생되는 불확정성이 아니라 법 고유의 ‘규범적 불확정성’에 보다 중점을 둘 필요가 있다. 이러한 법의 규범적 불확정성은 법의 흠결 때문이기도 하지만 법의 흠결이 없는 경우에도, 법 자체의 다층성과 모호성 때문에 법의 불확정성이 발생하는 경우도 많다.

하트가 말하는 언어의 모호함은 법문언에 가장 엄격한 접근을 취하는 형법 분야에서도 관찰된다. 우리나라 판례에서 법문언에서 사용된 언어

---

222) 대법원 2010.3.11. 선고 2009다82244 판결 요지

: “사용자와 근로자 사이에 경업금지약정이 존재한다고 하더라도, 그와 같은 약정이 헌법상 보장된 근로자의 직업선택의 자유와 근로권 등을 과도하게 제한하거나 자유로운 경쟁을 지나치게 제한하는 경우에는 민법 제103조에 정한 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는 법률행위로서 무효라고 보아야 하며, 이와 같은 경업금지약정의 유효성에 관한 판단은 보호할 가치 있는 사용자의 이익, 근로자의 퇴직 전 지위, 경업 제한의 기간·지역 및 대상 직종, 근로자에 대한 대가의 제공 유무, 근로자의 퇴직 경위, 공공의 이익 및 기타 사정 등을 종합적으로 고려(…)”

223) Bix, Law, Language, and Legal Determinacy

의 모호함이 핵심 쟁점이 된 대표적 사안을 고르자면, 과수원 실화사건에서 ‘자기 소유의 물건’에 관한 형법 제170조제2항<sup>224)</sup>의 정확한 의미 해석에 관한 대법원 94모32 판결이 있다.

대법원 전원합의체 다수의견은 ‘자기의 소유에 속하는 제166조 또는 제167조에 기재한 물건’이라는 법조항을 해석함에 있어서, 관련 조문을 전체적·종합적으로 해석하는 방법을 취한다. 다수의견은, 법해석은 관련 조문을 전체적, 종합적으로 해석하는 것이므로 낱말의 법조항 하나에만 국한하여 그 의미를 밝히기 보다는 형법 관련 조문을 전반적으로 보고 합리적 의미를 부여하는 것이라고 보았다. 그에 따라 해당 조문을 ‘자기의 소유에 속하는 제166조에 기재한 물건 또는 자기의 소유에 속하든, 타인의 소유에 속하든 불문하고 제167조에 기재한 물건’을 의미하는 것이라고 새겨야 한다고 결정하였다<sup>225)</sup>.

이에 반하여 반대의견은 법해석은 법 언어의 정확한 문리해석에 기초해야 함을 강조하였다. 반대의견은 해당 조문을 ‘자기의 소유에 속하는 제166조에 기재한 물건 또는 제167조에 기재한 물건’으로 해석하는 것이 타당하다고 주장하였다<sup>226)</sup>.

---

224) 형법 제170조(실화) ②과실로 인하여 자기의 소유에 속하는 제166조 또는 제167조에 기재한 물건을 소훼하여 공공의 위험을 발생하게 한 자도 전항의 형과 같다.

225) 대법원 1994.12.20. 자 94모32 전원합의체 결정

[다수의견] 형법 제170조 제2항에서 말하는 ‘자기의 소유에 속하는 제166조 또는 제167조에 기재한 물건’이라 함은 ‘자기의 소유에 속하는 제166조에 기재한 물건 또는 자기의 소유에 속하든, 타인의 소유에 속하든 불문하고 제167조에 기재한 물건’을 의미하는 것이라고 해석하여야 하며, 제170조 제1항과 제2항의 관계로 보아서도 제166조에 기재한 물건(일반건조물 등) 중 타인의 소유에 속하는 것에 관하여는 제1항에서 규정하고 있기 때문에 제2항에서는 그중 자기의 소유에 속하는 것에 관하여 규정하고, 제167조에 기재한 물건에 관하여는 소유의 귀속을 불문하고 그 대상으로 삼아 규정하고 있는 것이라고 봄이 관련조문을 전체적, 종합적으로 해석하는 방법일 것이고, 이렇게 해석한다고 하더라도 그것이 법규정의 가능한 의미를 벗어나 법형성이나 법창조행위에 이른 것이라고는 할 수 없어 죄형법정주의의 원칙상 금지되는 유추해석이나 확장해석에 해당한다고 볼 수는 없을 것이다.

226) 대법원 1994.12.20. 자 94모32 전원합의체 결정

[반대의견] 형법 제170조 제2항은 명백히 ‘자기의 소유에 속하는 제166조 또는 제167조에 기재한 물건’이라고 되어 있을 뿐 ‘자기의 소유에 속하는 제166조에 기재한 물건 또는 제167조에 기재한 물건’이라고는 되어 있지 아니하므로, 우리말의 보통의 표



## 제2항 형식과 실질의 긴장

### 1. 형식과 실질

#### 가. 적합한 의미

이처럼 우리나라 법원이 사안에 따라 법문언의 ‘축소지향적’ 해석과 ‘확장지향적’ 해석의 모습을 번갈아가며 보이는 것은 - 그리고 언어의 개념을 재정의 함으로서 실제로는 법원이 해당 법조항을 새롭게 써내려간 것과 다름없는 결정을 내리는 것은 - 법원이 법률해석에 있어서 단순한 언어의 의미 외에도 여러 다양한 요소를 종합적으로 고려하고 있음을 시사한다.

우리나라 판례에서 관찰되는 모습은, 법해석은 법의 이미 주어진 진정한(true) 의미를 찾는 것이 아니라 해석 주체가 ‘적합한(proper)’ 의미를 찾는 것이라고 강조하는 바락(Barak)이 설명은 목적론적 해석의 단면을 두드러지게 드러낸다. 경우에 따라서 바락이 말하는 목적론적 해석방법의 현실적 설명력이 뛰어날 수도 있으나, 다음의 예문과 같은 법해석 방법이 보편적인 ‘법해석’의 모습은 아닐 것이다.

“법 문언이 진정하게(truly) 의미하는 바가 무엇인지를 발견하려는 법학자들의 노력은 헛된 수고이다. 법 문언의 참된 의미는 없다(A text has no “true” meaning). (...) 우리의 이해는 모두 해석의 소산이다. 우리가 어떤 텍스트를 접할 때 반드시 해석이 매개되기 때문이다. 해석을 거치지 않은 선험적 이해는 없다. (...) 우리는 법 문언의 ‘진정한’ 의미 대신, ‘적합한’ 의미(“proper” meaning)를 찾으려고 해야 한다.<sup>227)</sup>”

---

현방법으로는 ‘자기의 소유에 속하는’이라는 말은 ‘제166조 또는 제167조에 기재한 물건’을 한꺼번에 수식하는 것으로 볼 수밖에 없고, 같은 규정이 ‘자기의 소유에 속하는 제166조에 기재한 물건 또는, 아무런 제한이 따르지 않는 단순한, 제167조에 기재한 물건’을 뜻하는 것으로 볼 수는 없다.

227) Aharon Barak, Purposive Interpretation in Law, p.9

상기 검토한 예시 사례들은 사법재량의 행사와 그로 인한 법형성의 불가피한 측면이 있음을 드러낸다. 우리나라 법원은 법문언의 의미를 풀이함에 있어서 구체적 사안의 맥락과 배경에 적합한 ‘종합적 고찰’의 방식으로 접근하고 있으며, ‘법의 해석’만이 아니라 ‘법률행위’의 해석에 있어서도 ‘사회 통념’에 따라서 종합적인 판단을 내리라는 법원의 입장은 마찬가지이다<sup>228)</sup>. 법률행위를 해석함에 있어서 “사회정의와 형평의 이념에 맞도록 논리와 경험의 법칙, 그리고 사회 일반의 상식과 거래의 통념에 따라 합리적으로 해석”한다고 밝히고 있다<sup>229)</sup>.

그러나 이러한 목적론적 해석이 법해석의 핵심을 차지할 수는 없을 것이며, 법해석의 개념적 범주가 지나치게 확장되는 순간 법형성과 법해석을 구분할 논리적 실익이 사라지게 된다는 점을 유의해야 한다.<sup>230)</sup>

## 나. 형식과 실질

우리나라 법원은 규범적 판단을 제공함에 있어서 현실의 다양한 사안에 따른 결정을 내림으로써 - 물론 일률적 평가를 내리기는 어려울 수 있겠으나 - ‘형식’보다 ‘실질’을 보다 중요하게 여기고 있다고 평가할 수 있겠다. 법체계가 여타의 사회정책 및 도덕체계와 구분되는 독자성을 유지할 수 있는 것은 ‘형식’을 중시하기 때문이다<sup>231)</sup>.

228) 이는 해석(협의)의 범주를 벗어나는 것으로서, “법문언 형식주의여, 영원하라 (Long live formalism)!”를 외친 스칼리아의 주장을 무색하게 한다.

229) “법률행위의 해석은 당사자가 그 표시행위에 부여한 객관적인 의미를 명백하게 확정하는 것으로서, 당사자가 표시한 문언에 의하여 객관적인 의미가 명확하게 드러나지 않는 경우에는 그 문언의 내용과 법률행위가 이루어지게 된 동기 및 경위, 당사자가 법률행위에 의하여 달성하려고 하는 목적과 진정한 의사, 거래의 관행 등을 종합적으로 고찰하여 사회정의와 형평의 이념에 맞도록 논리와 경험의 법칙, 그리고 사회 일반의 상식과 거래의 통념에 따라 합리적으로 해석”한다. (대법원 2009.10.29, 2007다6024, 대법원 2010.2.11, 2009다 74007 등)

230) 법해석이 아닌 논증을 법해석이라고 하는 것은 법원의 실정법 경시주의로 흐를 위험성도 존재한다.

[표 3-3 : 논증 전개의 중점]

형식 중심의 사고	실질 중심의 사고
문리해석 법문언의 사전적 의미	비(非)문리해석 제도의 목적, 구체적 정의

형식의 체계 완결성도 중요하나 그 구체적 의미를 채우는 실질을 더욱 고려한 판결을 내린 대표적 예는, 명목상으로는 도급계약이지만 실제의 면면을 분석할 때 고용계약에 해당하는 것으로 봄이 타당하다는 판결이다. 대법원은 2004다29736 판결<sup>232)</sup> 등 여러 사안에서 계약의 형식은 도급계약에 해당하지만 실제의 근로제공 방식을 기준으로 살필 때 고용계약으로 보는 것이 합당하다고 판결하면서, 외양의 형식보다는 내용적 실질을 우선한다. 이 경우 법원은 특정한 법조항을 사안에 적용하기 보다는, “경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단”하는 방식을 취하고 있다.

이와 같이 법원이 사안의 실질에 맞는 법해석방법을 유연하게 채택하

231) 법체계는 사회체계 내에 있기 때문에 내용적 건전성과 사회적 수용성을 감안할 때 ‘실질’을 무시할 수 없으나, 법체계로서의 정체성과 독자성은 ‘형식’에서 비롯한다.

232) 대법원 2006. 1. 27. 선고, 2004다29736 판결

근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부는 계약의 형식이 고용계약인지 도급계약인지보다 그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 하고, 여기에서 종속적인 관계가 있는지 여부는 업무 내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며 업무 수행 과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지, 사용자가 근무시간과 근무 장소를 지정하고 근로자가 이에 구속을 받는지, 노무제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, 노무 제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지, 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격인지, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, 근로 제공 관계의 계속성과 사용자에 대한 전속성의 유무와 그 정도, 사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는지 등의 경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단하여야 한다.

고 있는 이유는 다음과 같이 법을 이미 주어진(所與) 완결된 결과물이 아니라, ‘과제로서의 법’으로 이해하는 태도에서 기인한다.

“여기에서의 법은 찾아야 하고 그리고 드디어 획득하여야 할 목표로서의 법인 것이다. 그것은 폐쇄되고 흠 없는 법이 아니라, 열려 있고 보충해야 하는 법이다. 다시 말해서 단순한 소여(所與)로서의 법일 뿐만 아니라 과제로서의 법, 즉 ‘있어야 할 법’까지 포괄된 법이라고 말할 수 있다. 바꾸어 말한다면 여기에서의 법은 그것이 이상적으로 소행해야 할 모든 기능이 최대한 충족된 상태에서의 법, 즉 ‘정당한 법’에까지 확장된 법관념과 같은 것이라 하겠다.”<sup>233)</sup>

형식을 중시하는 관점에서 상기와 같은 견해는 경계해야 하는 태도이다. 실질을 중요시한 여러 판결이 존재하지만, 그 논변의 선명함에서 가장 두드러지는 판결은 다음의 대전고등법원 2006나1846 판결이다. 이른바, ‘아름다운 판결이라는 별칭을 가지고 있는 이 판결은 실질과 형식의 긴장에서 실질을 우선시한 법형성 판결의 대표적인 사례이다.

“우리는 입법부가 만든 법률을 최종적으로 해석하고 집행하는 법원이 어느 정도 수선의 의무와 권한을 갖고 있다고 생각한다. 이는 의회가 만든 법률을 법원이 제멋대로 수정하는 것이 아니라 그 법률이 의도된 본래의 의미를 갖도록 보완하는 것이고 대한민국 헌법이 예정하고 있는 우리 헌법체제의 일부라고 생각한다.”<sup>234)</sup>

사안을 담당한 대전고등법원은 舊임대주택법이 달성하고자 한 정책적 목표, 의도한 계획과 보호범위 등 입법 취지를 문언보다 더 중시하였다. 특별한 사정이 있는 이 사건에서는 임대주택법 제15조 제1항의 ‘임차인’의 의미를 문언적·형식적으로만 해석할 것이 아니라 임대차계약의 목적, 재정적 부담과 실제 거주자라는 ‘실질적 측면’에서 ‘사회적 통념에 따라

233) 심헌섭, “법 획득방법의 기본구조에서 본 법학과 법실무”, 서울대학교 법학, 제 23권 제1호, 1982, p.36

234) 대전고등법원 2006. 11. 1. 선고, 2006나1846 판결

서' 새겨야 한다고 보았다. 법원은 피고가 사회통념상 '실질적 의미'의 임차인에 해당되어 이 사건 임대주택에 관하여 우선분양을 받을 권리를 가지므로, 임대차계약 기간 만료를 이유로 피고들에게 명도와 퇴거를 구하는 원고의 청구는 허용되지 않는다고 판단하였다.

이와 같은 적극적인 태도는 많은 논쟁을 야기한다. 법원이 민주적 정당성과 기관의 역량과 무관하게 의회와 같은 지위를 점하게 될 우려가 있으며, 같은 연유로 주권재민의 원칙과 긴장 관계에 놓일 수 있기 때문이다.

대법원은 '임차인'의 의미를 풀이함에 있어서 법해석의 의의와 한계를 밝히며(大判 2006다81035)에서, 대전고법 2006나1846 판결에서 보여준 법해석이 "법률 해석의 원칙과 기준에 어긋난 것"이라고 판단하였다<sup>235)</sup>. 대전고법이, "가장 사려 깊고 조심스럽게 만들어진 법도 세상사 모든 사안에서 명확한 정의의 지침을 제공하기는 어려운 법"이라고 구체적 정의의 실현을 중시한 반면, 대법원은 "가급적 모든 사람이 수긍할 수 있는 일관성을 유지함으로써 법적 안정성이 손상되지 않도록 하여야" 함을 이유로 형식보다 실질은 우선시한 해당 판결을 파기하였다.

법원의 태도는 판단 대상영역에 따라서 다른 모습을 보인다. '실질'을 기준으로 판단한 하도급 판결 등을 감안할 때, 2심(2006나1846)과 3심(2006다81035)의 결정 중 어느 것이 더 옳은 것인지에 관해서 판단하기는 어렵다. 다만 하도급 사안 등을 비롯하여 '실질'을 '형식'보다 더욱 우선시한 대법원의 판결과 비교할 때, 임차인의 인정에 관하여 그 '실질'을 우선하여 판단하는 것이 그 '형식'을 판단하는 것보다 더욱 적합하다는 평가를 여러 심급에서 공유하지 못했던 것으로 이해할 수 있다.

---

235) 대법원 2009. 4. 23. 선고, 2006다81035 판결

: "구 임대주택법 제15조 제1항에서 규정하는 '임차인'이란 어디까지나 그 법률이 정한 요건과 절차에 따라 임대주택에 관하여 임대사업자와 임대차계약을 체결한 당사자 본인으로서의 임차인을 의미하고, 이와 달리 당사자 일방의 계약 목적, 경제적 부담이나 실제 거주 사실 등을 고려한 '실질적 의미의 임차인'까지 포함한다고 변경, 확장 해석하는 것은 법률 해석의 원칙과 기준에 어긋나는 것으로서 받아들일 수 없다."

사안의 ‘실질’을 보다 중시하는 법원의 태도는 형사 사건에서도 드러나고 있다. 부산지법 2008고합669 판결은 사법의 본질이 “삶의 현장과 소통하는 것이며 대상 사건의 영역 내에 있는 모든 사람들의 문제와 애환에 진지하게 귀를 기울이는 것”임을 강조하고 있다<sup>236)</sup>.

## 2. 역동적 해석과 법의 진화

이러한 맥락에서 에스크리지(Eskridge)의 ‘진화적 관점’이 지닌 의의를 새길 수 있다. 에스크리지는 법률은 타협과 협상의 산물로서 만들어지기 때문에 사법 과정에서 수정을 거쳐야 한다는 입장을 보인다. 에스크리지는 법을 정태적인 것으로 상정하면 안 되며, 헌법이나 보통법만이 아니라 제정법을 해석함에 있어서도, 사회의 사회적·정치적·법적 맥락에 따라서(in light of their societal, political, and legal context) 보다 역동적(dynamic)이어야 한다고 주장한다<sup>237)</sup>. 이러한 관점에서 사법부의 논증을 이해할 때, 주어진 문구를 풀이하는 수동적 해석이 아니라 역동적이고 주체적인 작업이라고 정리된다.

특히 에스크리지는 “진화적 관점(evolutionary perspective)”을 강조한다. Eskridge는 어떠한 법이 의회에서 제정되었을 당시와 달리 사회적 여건이 변화하고, 더욱이 해당 법률의 법적 의의 내지는 헌법적 의의가 변화

---

236) 부산지방법원 2009.2.18. 선고, 2008고합669 판결

“보편타당한 원리를 추구하는 재판은 본래 사람에 대한 깊은 이해와 관심을 그 바탕으로 한다. 그런 점에서 사법의 본령은 삶의 현장과 소통하는 것이며, 대상 사건의 영역 내에 있는 모든 사람들의 문제와 애환에 진지하게 귀를 기울이는 것이다. 특히 형사사법절차에 있어서는 피고인의 권리보장에 못지않게 범죄의 피해자 등 사건 관련자들에 대하여도 그 지위와 처지에 합당한 배려와 처우를 소홀히 할 수 없는 것은 지극히 당연하고 또 중요하다. 이는 곧 국가가 삶의 제 분야에 있어서 모든 국민의 인간다운 생활과 행복의 추구를 돕고자 하는 헌법 원리를 실질적으로 구현하는 것이다. 이에 본 법원은 그와 같은 목표에 입각하여 종래의 이론과 선례를 근거로 구체적인 사실관계를 확인한 다음, 성적 소수자인 피해자의 법률상 지위를 위와 같이 인정함으로써, 이러한 배려가 이제 노경에 들어서는 피해자가 우리와 다른 없는 이 사회의 보통사람으로서 다른 사람들과 자유로이 어울려 자신의 성장체성에 합당한 편안하고 명예로운 여생을 보낼 수 있는 하나의 계기가 되기를 기대한다.”

237) Eskridge, Dynamic Statutory Interpretation, p.1479

하면, 현재의 관점(perspective)이 해당 법률의 해석에 영향을 미치며 또한 응당 그러하여야만 한다고 주장한다.<sup>238)</sup>

에스크리지는 법해석을 일종의 연속체(continuum)로서 바라볼 것을 주문하며, 경우에 따라 적합한 해석 방식을 취해야 한다고 본다. 법해석이라는 연속체의 한 극단에는 법 문언이 강한 구속력을 발휘하는 엄격한 문언주의 해석이 자리하고 있으며, 다른 한 극단에서는 사회의 전체적 맥락을 고려하여 법 문언으로부터 보다 자유롭게 법해석을 진행하는 역사적·진화적(evolutionary)인 법해석이 자리하여 영향력을 발휘한다고 다음과 같이 강조한다.

일반적으로, 법률 문언이 상세하면 상세할수록 그 법을 해석하는 사람은 문언에 더욱 많은 비중을 두는 경향이 있다. [그래서] 최근에 입법된 제정법일수록 법률 문언이 해석에 있어서 중요해지며 입법 과정에서 해당 법의 문언의 의미를 명확하게 밝힐수록 더욱 그러하다. [하지만 이와 반대로] 법이 제정된 이후로 현격한 사회 환경의 변화가 - 사회의 공공적 가치가 어떻게 변화하였느냐(changes in public values)가 단순한 사실관계의 변화보다 더욱 중요하다 - 일어났다면, 법을 해석하는 사람은 사회의 변천(變遷) 맥락을 생각해서 진화적(evolutionary)인 요인들을 보다 더 고려하여(evolutionary considerations) 법을 해석하여야 한다.<sup>239)</sup>

즉, 에스크리지는 법 문언이 ‘현재 시점의 사회에서’ 어떻게 평가되느냐에 따라서 법을 해석하는 방법이 달라져야 한다고 말한다. 법률에 따라서 법 문언 그 자체에 엄격한 해석을 해야 하는 경우도 있고, 법의 사회적 맥락과 시대적 변화를 감안하여 해석해야 하는 것이 적합할 수도 있다고 한다.

---

238) 에스크리지는 ‘Smith vs. Wade’ 사건을 분석하며 진화적 관점에서 두 가지 의의를 찾는다. 첫 번째는 해당 사건의 관련 제정법의 문언이 추상적이어서 담당 법원에게 해석의 여지를 많이 주었다는 것이며, 두 번째 의의는 해당 법률이 제정되던 시기와 판결 시기까지 많은 세월이 흘러 법률 제정 당시와 비교할 때 실질적 변화가 발생하였다는 것이다.

239) Eskridge, 전게서(주236), p.1496

역동적 해석(dynamic interpretation)에 내포된 세 가지 관점은 해석이 연속체(continuum)의 성격을 지님을 보여주는 사례들로 설명된다. 많은 경우 제정법의 문언은 확정적인 답을 제공해줄 수 있다. 이는 해당 법 문언이 제정된 지 얼마 되지 않은 근래의 것이고 입법의 과정에서 충분한 숙고를 거친 경우이다. 이러한 경우에는 법해석에 있어 법 문언이 지배적인 영향력을 미친다. 하지만 이와 반대로 법이 제정된 이후로 이미 많은 시간이 지나서 상당한 사회적 변화가 일어나서 법 문언의 의미가 실질적으로 크게 변경된 경우가 있다. 이러한 경우에는 법을 진화적인 관점으로 이해하여 현재 사회의 변화된 맥락을 중시하는 진화적 해석을 하여야(the evolutive context controls) 한다.<sup>240)</sup>

물론, ‘진화적 관점(evolutive perspective)’이 명백하고 확정적인 언표를 사용하고 있는 법률의 해석에도 적용되는 것은 아니다. 에스크리지는 법치주의와 관련된 문언을 중시하는 법해석 관점(textual perspective)와 사회적 맥락을 중시하는 법해석 관점(evolutive perspective)의 대립이 있다고 본다. 법률 문언이 구체적이고 최근에 입법된 법일수록, 법률 문언주의 해석이 우세할 것이고, 법률 문언이 추상적이고 입법 시기가 오랜 법률일수록 해당 법률의 사회 맥락을 고려하는 발전적 해석이 우세하다는 것이 에스크리지의 이해이다.

이에 대한 예증은, 근래 우리나라 법원이 인정한 양심적 병역거부 사안의 경우이다. 그간 동일한 문제가 수차례 제기되었던 재판에서 기존의 판결(헌재 2004. 8. 26, 2002헌가1, 대법원 2004. 7. 15, 2004도2965 판결 등)은 병역거부를 인정하지 않았다. 해당 재판에서 법원은 병역법 제88조제1항<sup>241)</sup>에서 말하는 ‘정당한 사유’에 종교적 신념이 포함되지 않는다

240) Eskridge, 전거서(주236), p.1496

241) 병역법 제88조(입영의 기피 등) ① 현역입영 또는 소집 통지서(모집에 의한 입영 통지서를 포함한다)를 받은 사람이 정당한 사유 없이 입영일이나 소집일부터 다음 각 호의 기간이 지나도 입영하지 아니하거나 소집에 응하지 아니한 경우에는 3년 이하의 징역에 처한다. 다만, 제53조제2항에 따라 전시근로소집에 대비한 점검통지서를 받은 사람이 정당한 사유 없이 지정된 일시의 점검에 참석하지 아니한 경우에는 6개월 이하의 징역이나 500만원 이하의 벌금 또는 구류에 처한다.



고 보았으나, 2018년 동일한 쟁점을 판단한 법원은 정당한 사유에 종교적 신념이 포함되는 것으로 판단하였다. 이처럼 ‘정당함’과 같은 높은 추상성의 지표는 얼마든지 같은 사안에서 다른 판단을 이끌어낼 수 있다.

### 3. 사회적 타당성

논증을 통한 법적 결정의 합리화를 위하여, 법률 문언에 지나치게 얽매이기 보다는 ‘사회적 타당성’을 중시해야 한다는 다음의 주장은, 사회적 합리성을 구비하지 못한 법적 결정의 문제를 지적하고 있다.

법적 결정을 정당화하는 길 가운데 하나가 법 조항으로부터 출발하여 형식논리적으로 접근하는 종래의 법실증주의적 접근방법임은 분명하다. 그러나 법적 결정을 정당화하는 다른 하나의 길은 목적적 해석, 정책학적 접근 등 사회과학적 연구결과에 의거하여 합리화하는 길이라고 생각한다. 그러한 만큼 사회과학적 연구결과에 의거하여 법적 결정을 합리화·정당화하려는 이러한 노력은 법 조항에 형식논리적으로 얽매이는, 우리나라에서 지배적인 법학 방법론이라 할 수 있는 법실증주의적 접근방법에 대한 강한 비판도 된다. (...) 더구나 형식적 법조문(또는 법제도) 중심의 형식논리적인 법실증주의는 사회가 급속하게 변화하는 우리나라 사회의 법의 변화를 또한 읽지 못하는 잘못을 저지르기 쉽게 한다. 그것은 같은 사회의 각기 다른 두 시점의 법을 가지고 행하는 또 다른 의미의 비교법인 까닭이다.

사회과학적으로 법학에 접근하는 경우에 법학의 시야가 넓어질 뿐만 아니라 그 깊이를 더하여 국가로부터뿐만 아니라 사회 속에서도 법을 인식해 낼 수 있게 하고 있다<sup>242)</sup>.

이러한 태도는 대법원 78도246 판결에서도 확인된다. 형법 제55조제1항제6호<sup>243)</sup>의 정확한 의미가 무엇인가를 다룬 대법원 78도246 판결에서,

---

242) 최대권, 법적 결정과 사회과학, p.68

243) 제55조(법률상의 감경) ①법률상의 감경은 다음과 같다.

6. 벌금을 감경할 때에는 그 다액의 2분의 1로 한다.

다수의견은 형법 제55조제1항6호의 벌금을 감경할 때의 ‘다액’의 2분의1 일이라는 문구의 의미를, ‘금액’의 2분의 1로 해석하여 상한과 함께 하한도 2분의 1로 감경되는 것으로 해석하였다. 다액(多額)을 문자 그대로의 사전적 의미로 해석하면, ‘많은 액수’이다. 따라서 이는 문리적 해석에 따르면 다액은 벌금 상한을 의미하게 된다. 하지만 다수의견은 형법 제55조를 합리적으로 해석한다면, 제55조제1항6호의 ‘다액’의 의미는 ‘금액’으로 풀이하는 것이 타당하다는 결정을 내렸다. 해당 결정을 내리면서 법원은 사안에 적합한 결정이 산출되기 위하여 사법부의 기능과 역할을 다음과 같이 밝히고 있다.

사회현상이 급속도로 변천되고 법률이 미처 그 사회변천에 따라가지 못하여 그 법률과 사회실상과의 괴리가 심하게 되어서 해석여하에 따라서 그 결과가 심히 부당하게 혹은 국민에게 가혹한 결과를 가져온다고 보일 때에 이를 완화하는 방향으로 “해석”함은 형법해석에서도 불가능한 것이 아닐 뿐 아니라 필요한 것이라고 할 것이다. 도대체 모든 법은 법규정의 본질을 바꾸는 정도의 것이 아닌 한도에서 이를 합리적으로 해석함으로서 뒤쳐진 법률을 앞서가는 사회현상에 적응시키는 일방 입법기관에 대하여 법률의 개정 등을 촉구하는 것은 오히려 법원의 임무에 속하는 일이고 법률개정이라는 입법기관의 조치가 있을 때까지는 그 뒤쳐진 법규정의 재래적 해석적용이 부당한 결과를 초래한다는 것을 뻔히 알면서 이를 그대로 따를 수밖에 없다고 체념해 버리는 것은 온당치 않은 태도라고 생각한다.<sup>244)</sup>

이처럼 법원은 ‘법규정의 본질’을 바꾸지 않는 한도 내에서 ‘합리적 해석’을 하는 것이 합당하다고 말한다. 이를 위한 근거로서 다수의견이 제시하는 것은 사회의 ‘변천’이다. 사회변화를 감안할 때 법 규정을 문자 그대로 해석한 결과 부당한 결과를 초래하게 된다면 엄격한 문리해석을 고수하는 것이 온당하지 않다고 밝히고 있다.

---

244) 대법원 1978. 4. 25. 선고, 78도246 판결 다수의견

특히 입법부 내지 행정부의 기획에 따라서 만들어진 제정법이 아니라, 일반·추상적인 규범이 대다수를 차지하는 민법의 경우 법관의 역할이 더욱 중요해진다. 법관은 판례법의 생성과 변경을 “문자로 고정된 민법이 지속적으로 변동하는 현실과 너무 동떨어지지 않게 유지”하는 작업을 한다.<sup>245)</sup>

법원의 범형성 판결은, 법원의 판단에 법체계를 구성하는 범명제 외에 사회의 외부자원이 동원되었음을 의미한다. 이러한 사회적 자원들, 혹은 예비규범 자원들은 법원의 논증을 통해서 문제사안에 적합한 해결책을 제시하는 판단기준으로 활용된다.

“범규범 명제는 경험적 사실에 관한 명제가 아니라, 신념이나 이상에 관하여 서술한 당위의 명제라는 점에서 일종의 교조(Dogma)라고 볼 수 있고, 이러한 점에서 법해석학의 특징이 발견된다. 법해석학은 이 같은 교조적 성격을 갖는 범규범 명제를 대상으로 그 의미내용을 명확히 하거나 설명하고, 범규범 명제 사이의 상호관계를 논리적으로 체계화하며, 나아가 불명확하거나 흠결이 있는 부분에 관하여 해결방안을 제시하는 것을 그 목표로 한다.<sup>246)</sup>”

‘법률에 반하는 범형성’ 혹은 ‘초법률적인 범형성’을 하는 경우, 법관은 범명제 이외의 요소를 고려하여 사안의 구체적 정의를 실현하기 위한 판단을 내린다. 순수 논리연역적 절차에 의해서 법적 결정이 도출되었다면 경험적 요소에 대한 고려와 평가는 필요 없을 것이다.

하지만 범형성 판결에서는 순수한 법논리 이외의 요소, 법외(法外)적 요소가 개입되어 있다. 법논리 이외의 요소는 법원이 사회 일반의 도덕 수준, 정의관념 등에 관한 사회적 제반 요인에 관한 검토와 평가를 수반한다. 이는 법원의 판단에 있어서 범명제 외에도 경험명제에 관한 분석이 차지하는 비중이 크다는 사실을 알려준다. 경험명제에 관한 평가와

---

245) 권영준, “민법학, 개인과 공동체, 그리고 법원”, 2015, p.1444

246) 양건, 법사회학, 아르케, 2004, pp. 19-20

분석은 ‘합리성’을 중요한 기준으로 하고 이는 필연적으로 정책적 사고와 연계된다.

법원의 판단은 단순히 법문언의 정확한 의미를 탐구하는 방식으로 이루어지는 것이 아니라, 사회의 여러 가지 정책적 요소를 고려하여 이루어진다<sup>247)</sup>. 다만, 법원이 이와 같은 종합적 사고를 거쳐서 판결을 산출하는 경우 논변 구성의 타당성은 많은 비판의 대상이 될 수 있다. 법리에 따른 판결은 이견의 여지가 적으나, 정책적 판결은 이견의 여지에 열려 있기 때문이다. 따라서 정책적 요소를 고려한 판결이 충분히 합리적인 설득력을 가질 수 없다면 법원의 결정은 많은 비판과 공격에 노출된다.

정책적 판결의 대표적인 예로서 형사사건 성공보수 약정에 관한 대법원 2015다200111 전원합의체 판결은, 형사사건에 관한 성공보수약정이 ‘선량한 풍속 기타 사회질서’에 위배된다고 평가하고, 다만 선량한 풍속 기타 사회질서는 “부단히 변천하는 가치관념”이라면서 다음과 같이 판시하였다. 그리고 판단의 방식이, “당사자 사이의 이익균형 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 사회통념에 따라 합리적으로 판단”해야 함을 천명하고 있다.

선량한 풍속 기타 사회질서는 부단히 변천하는 가치관념으로서 어느 법률행위가 이에 위반되어 민법 제103조에 의하여 무효인지는 법률행위가

---

247) 최대권, 전거서, pp. 63-65

“그러나 문리해석에 의하여 타당한 해석에 도달할 수 없는 경우에는 논리적·체계적 해석, 역사적 해석 및 목적적 해석의 원칙에 의하여 법의 타당한 의미의 발견(혹은 창조)에 도달하여야 한다. 목적적 해석의 원칙은 그 구조상 과학적 연구결과(과학적 진리)가 해석법학에 기여할 수 있는 통로를 마련하여 준다고 생각한다. 가령 다양한 혹은 여러 가지 해석이 가능한 법 조항을 두고 그 조항의 타당한 의미를 밝혀낸다고 하는 경우에 그 법이 실현하고자 하는 목표를 가장 잘 실현할 수 있는, 그러한 의미에서 목적·수단의 관계에 있는 그러한 해석을 선택한다고 하는 경우가 목적적 해석이 되는 것이라고 생각한다. 그러므로 목적적 해석은 과학적 인식의 지지를 받을 수 있다. 그리고 그러한 때 목적적 해석은 과학적 합리성과 정당성을 지니게 될 것이다. (...) (...) 왜냐하면 법개정 등 법의 변경은 사회적 배경을 가지고 나오게 마련이며 따라서 법의 역사는 그것이 전개되는 사회적 배경에 대한 이해를 바탕으로 하여 의미심장하게 이해될 수 있는 것이기 때문이다. (...) 따라서 어느 입법의 합헌성 여부가 다투어질 때에는 정부는 형식 논리적인 해석론에 의거하여서 뿐만 아니라 과학적 합리성 및 그에 기초를 둔 정당성의 논거에 의하여 그 합헌성을 주장하여야 한다.

이루어진 때를 기준으로 판단하여야 하고, 또한 그 법률행위가 유효로 인정될 경우의 부작용, 거래자유 보장 및 규제의 필요성, 사회적 비난의 정도, 당사자 사이의 이익균형 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 사회통념에 따라 합리적으로 판단하여야 한다.<sup>248)</sup>

법원은 실제로는 법형성 판결을 내리지만, 사법입법 혹은 규범 창설에 대한 부담감 때문에 법형성이라는 단어의 사용을 가급적 피한다. 그러나 법적 논증이 3단 논법의 연역적 논리로 구성되지 않은 경우는 자주 관찰된다. “변화하는 사회”라든가 “사회의 정의관념과 국민의 법감정” 등과 같은 논소(論素)들을 결정의 근거로 제시하는 판결은 법형성 논증이다.

우리나라 민법 제1조는 법원(法源)에 대하여, ‘민사에 관하여 법률에 규정이 없으면 관습법에 의하고, 관습법이 없으면 조리(條理)에’ 의한다고 규정하고 있다. 이는 법의 발견과 사법부의 법 창설의 경계가 분절됨이 없이 이어지고 있음을 간접적으로 보여주는 대표적인 예시라고 하겠다.<sup>249)</sup> 이처럼 민법 제1조에서 간명하게 드러나듯이, 법형성과 법해석은 연속적인 활동이며, 논증에 있어서 ‘법구속성’과 ‘법관창조성’ 모두가 효력을 발휘하고 있기 때문에 법관은 양자 모두를 충분히 고려해야 한다.<sup>250)</sup>

---

248) 대법원 2015. 7. 23., 선고, 2015다200111, 전원합의체 판결

249) 사회적으로 수용되고 인정되는 행위 방식의 반복을 통해 자연스럽게 규범이 형성된 관습법이 무엇이며 조리가 무엇이라는 것에 관하여 법원이 사법적 판단을 제공하는 과정에서 결정하여야 하기 때문이다.

250) 김혁기, “법해석에 의한 모호성 제거의 불가능성”, p.126, 각주5번

“법해석의 법구속성 테제와 법관창조성 테제 중에 하나만을 강조하는 견해는 사법 판단의 실재를 기술하는데 약점을 갖기 쉽다. 전자를 소홀히 하여 해석을 법관의 자의적 판단이 투영되는 계기로만 보면, 법적 추론을 논리적 추론과 동일시하는 좁은 시각을 갖게 된다. 반면 후자를 경시하면, 이른바 ‘법형성’ 내지 ‘법창조’와 같이 법해석과 질적으로 구별되는 개념을 추가적으로 설정하고 입증할 부담을 지게 된다.”

## 제 4 장   법정책 판결과 법원의 기능

### 제 1 절   법정책적 사고와 법형성 판결

#### 제1항 법정책적 판결과 법형성

##### 1. 법정책적 판결

정책은 라스웰(Lasswell)의 정리처럼, “바람직한 사회상태를 이룩하려는 정책목표와 그를 달성하기 위한 정책수단에 대하여 권위 있는 정부기관이 공식적으로 결정하는 지침<sup>251)</sup>”이다. 법정책은 그러한 ‘목표지향적’ 혹은 ‘가치지향적’ 성격을 지닌다. 특히 환경법과 같은 신생 분야의 법들은 ‘목표지향적’이고 ‘가치지향적’ 성격이 두드러진다는 점에서 정책과 법의 관계를 검토할 필요성이 크다.

법원은 그간 ‘법정책적’ 고려를 통해서 판결을 내린 경우에도 그 근거를 ‘법원리’를 사용하는 경우가 많았다. 대표적인 법정책 판결은 제조물 책임을 비롯한 위험책임 법리가 형성된 판결에서 확인될 수 있다. 대표적인 일례로서, 제조물책임<sup>252)</sup> 법리에 관한 초석을 놓았다고 평가받는 Donoghue vs. Stevenson 판결<sup>253)</sup>(이른바, 진저비어 혹은 민달팽이 판결 등)은 현대사회의 제조업자의 위험책임 강화에 의한 판결이다. 이 판결의 실례를 관찰할 때, 법원은 원고와 진저비어 생산자 사이에 직접적인

251) Lasswell(1951), "The Policy Orientation", The Policy Science

252) Cardozo 판사의 MacPherson v. Buick Motor Co.(217 N.Y. 382, 111 N.E. 1050 (1916)) 사건과 함께 제조물책임 및 위험책임 법리에 많은 영향을 미쳤다.

253) 진저비어(ginger beer)를 마시던 원고(Donoghue)가 음료수 병 안에 들어있는 죽은 민달팽이(snail in the bottle)를 발견하고 진저비어 제조업자(Stevenson)에게 손해배상을 청구한 사건(UKHL 100, SC (HL) 31, AC 562, All ER Rep 1)

법률관계가 형성되지는 않았으나, 생산자는 ‘돌볼 의무(duty of care)’의 일반적 관념(general conception)이 존재한다는 논리에 의거하여 원고승소 판결을 내렸다. 사건을 담당한 Atkin 대법관은 “네 이웃을 사랑하라, 네 이웃에게 해를 끼치면 안 된다(The rule that you are to love your neighbour becomes in law, you must not injure your neighbour)”는 소박한 관념에서 출발하여 결론을 도출한다. 이웃의 개념 범주는 생산자의 행위에 의하여 영향을 받는 사람으로 설정하여, 생산자가 제조물의 하자에 관한 책임을 지는 것은 건전한 상식(sound common sense)에 부합하는 것이라며 원고승소 판결을 하였다.

이처럼 ‘네 이웃을 사랑하라’ 혹은 ‘타인을 해치지 말라’는 법원리에 기한 판결은, 제조업이 발달하여 다양한 생산품이 대량으로 등장하고 그 유통 권역이 넓어지는 사회적 상황을 고려한 정책적 고려가 판단의 이유가 되었다. 확정적인 법규칙을 적용하여 판단을 내리기 어려운 사안에서 법원은 ‘원리’에 의거한 판단을 내리는데, 이러한 법원리를 활용한 판결은 실제로는 정책적 고려가 영향을 미치는 경우이다.

법원리를 법정책과 본질적으로 차이가 없는 것으로 본다면, 국민 일반의 법감정과 사회의 변화상 등 정책적 이유에서 판결을 하는 법정책적 판결을 내릴 때 법원은 법원리에 의거하여 사안에 적합한 판단을 내린다는 전략을 취한다. 즉 사안규범 형성에 있어서 법원리가 활용되는 경우는 대개 법정책적 판결이라고 정리할 수 있다.

## 2. 법정책적 사고와 법형성 판결

법원의 ‘법형성’ 판결의 의미는, - 최소한 이 글에서의 개념적인 용법에 있어서는 - 의회가 아닌 법원이 ‘의미를 생성하는’ 판결로 사용하였다. 법형성 판결은 법원의 ‘의사결정’이 반영된 판결, 의미 생성적 판결이다. 예시에 등장한, ‘의회에서 새로운 법을 입법하여 그 법을 법원이 적용하여 기존과는 새로운 내용의 판결을 내리는 경우’는 새로운 의미의

생성이 의회의 입법행위에 의하여 이루어진 것이지, 법원에 의하여 이루어진 것이라고 보기 어렵다. 따라서 그와 같은 경우는 본고에서 말하는 법형성 판결의 범주로 분류하지 않는다. 왜냐하면 본 연구는 법실증주의 관점에서 법을 이해하며, 법체계 내용 구성의 ‘변화’에 초점을 두고 있기 때문에, 실질적 내용 생성이 있는 법형성 판결을 연구의 대상으로 하고 있기 때문이다.

드워킨은 논변을 구분함에 있어서, 원리에 근거한 논변(argument of principle)와 정책에 근거한 논변(argument of policy)으로 나누었다. 드워킨의 설명에 의하면 정책(policy)이란 “달성해야 할 목적, 즉 일반적으로 말해 공동체의 경제·정치·사회 국면에서의 개선 목표를 설정하고 있는 그러한 종류의 목표를 달성하기 위한” 것인 반면에, 원리(principle)란 “경제·정치·사회 상황을 바람직하게 보이도록 개선하거나 보장하기 위해서가 아니라, 정의나 공정성의 요구 또는 도덕의 요청이라는 이유 때문에 준수되어야 하는 기준”을 말한다.<sup>254)</sup>

드워킨은 재판을 담당하는 판사는 법원리에 근거한 판단을 내려야 하며 법정책에 의거한 판단을 내려야 한다고 주장하였다. 드워킨은 실정법을 교정하는 법원리의 중요성을 강조하며 그 대표적인 일례로 Riggs v. Palmer 사건을 든다<sup>255)</sup>. 아무도 “자신이 저지른 범죄로부터 이득을 얻을 수는 없다”는 법원리에 따라서 피상속인을 살해한 상속인이 재산을 물려받을 수 없다는 판결이 도출되었다는 것이다. 하지만 이는 비슷한 유형의 범죄를 억제하고 사회적 기강을 유지하려는 정책적 배경에서 도출된 판결이라고 보아도 설명의 무리가 없다.

드워킨은 정책과 원리는 다르다고 보았으며, 재판을 할 때에는 정책이 아닌 원리에 따라서 판결해야 한다고 하였다. 또한 드워킨은 어려운 사안(hard case)에 적합한 답을 모색함에 있어서 원리논거(argument of

---

254) Ronald Dworkin, The Model of Rules I, in: Taking Rights Seriously (7 edit.), 1994, p.22

255) 115 N.Y. 506 (1889)



principle)에 근거하여야 하며, 정책논거(argument of policy)에 근거해서 재판을 해서는 안 됨을 강조하였다.

즉, 원리에 근거한 논변은, 개인 혹은 집단의 권리를 존중하거나 보호하는 것을 드러내는 것이며, 정책에 근거한 논변은 사회 전체의 집단적 목적이나 이익을 증진·보호하기 위하여 취하는 논변이다. 드워킨은 원리에 근거한 논변으로 어려운 사안(hard case)을 해결할 수 있음을 설파하였다. 드워킨은 법관은 ‘사법재량’이 아닌 ‘법원리’에 기대어 판결해야 한다고 주장한다. 그러나 알렉시는 정책과 원리가 다르기는 하지만 재판에서 일정한 경우 정책이 작용할 수 있다고 보았다.

드워킨과 알렉시는 비실증주의자라는 점에서 배제적 법실증주의 관점을 취하는 본고의 입장과 법원리 이해에 있어서 가장 중요한 차이점이 있다. 그러한 입장에서 실정법적 근거가 명확하지 않은 법원리와 법정책의 차이가 크지 않다고 이해한다. 본고는 ‘법원리’로 차명(借名)된 실정법외의 논증자원을 활용하는 경우를 ‘사법재량’으로 이해한다.

드워킨이 재판이 ‘법원리’에 근거해야 하지, 정책에 근거해서는 안 된다고 한 이유는, 소급효 등을 이유로 한 예측가능성과 수범자의 권리 보호였다. 즉, 드워킨이 법관이 정책논변이 아니라 원리논변에 의거하여 재판을 해야 한다고 주장한 배경은, 정책논변이 예측불가능성을 증대시키고 법적 안정성을 해칠 수 있다고 이해하였기 때문이다.

하지만 재판이 법원리에 근거하는 경우이건, 정책에 근거하는 경우이건 법원이 법규칙의 확정적 지시와는 다른 결정을 내렸다는 사실은 달라지지 않는다. 해당 사안에서 법원의 판결이 기존의 안정화된 결과에서 벗어난다는 점에서 예측가능성이 수범자의 이익·불이익 측면에서 차별화된 부분이 없다. 드워킨의 주장과는 달리, 법원리 논증을 하더라도 수범자에게 특별한 보호가 더해지는 않는다. 법정책이 아니라 법원리에 의한 논증을 하더라도 법적 안정성이 해쳐진다는 것에서는 동일한 결과가 발생한다.

## 제2항 법형성 판결의 의의

### 1. 법원리와 법형성

법형성은 법원이 성문법의 법리를 보완하거나, 명문 법규의 목소리가 들리지 않는 영역에서 현실의 요청에 부응하기 위하여 필요한 법리를 형성하는 경우, 그리고 법문언의 명백한 지시에도 불구하고 특정한 상황에서 거시적 법질서 또는 사회일반의 법감정 등을 이유로 특정한 법규범의 효력을 변경시키거나 혹은 정지시키는 경우에 발생한다. 이 경우 법원은 사안의 구체적 정의를 실현하기 위한 판단을 내리면서, ‘법률에 반하는 법해석’, 혹은 ‘초법률적인 법해석’이라고 일컬어지는 법형성을 한다.

법률 문언의 한계를 벗어나는 법형성 판결 중 가장 두드러지는 유형은, 법원이 구체적 법조항이 아니라 일반적 ‘법원리’를 거명하면서 결정을 산출하는 방식이다. 즉, 법원이 사회의 정의관념, 법질서 전반을 향도하는 법의 기본원칙과 사회정의 등을 이유로 구체적 사안에 적합한 판단을 내리는 경우이다. 이러한 법형성 과정은 정책적 논거와 사고방식을 동원하는 - 당연히 관련법에 의해서 엄격한 법적 한계는 주어져 있지만 - 과정이다.

이 경우, 법원리는 논증의 자원을 제공할뿐더러, 논증의 구조 설계에서 중요한 역할을 한다. 법원은, 법외(法外)적인 - 보다 엄밀히 말하면 법체계 내부에 존재한다고 표상되지만 실제로는 외부의 예비규범 자원을 포섭하고 매개하는 방식으로 작동하는 - 법원리를 활용함으로써, 법의 목소리가 들리지 않는 영역, 법의 목소리가 모순된 결과를 지시하는 영역에서 적합한 결론을 산출할 수 있다.

당연히, 법원리가 등장하는 모든 판결이 곧 법형성 판결을 의미하지는 않는다. 하지만 법원이 적합한 사안규범을 현출하기 위하여 법원리를 논증의 중요한 근거로 활용하는 경우는 법원리에 입각한 법형성이 이루어

지는 때이다. 법원리의 입각한 법형성 판결에서 법원은 ‘법 문언의 가능한 의미’의 경계 영역을 벗어난다. 이 경우 법원이 도출하는 법형성의 논증 자료는, 정의와 형평의 관념, 일반 국민의 법감정, 사회의 질서 내지는 조리(條理; sound reasoning) 등과 같은 종류의 불명확한 (예비)규범 자원들로 구성되어 있다. 이러한 자원들이 법과 연관되어 있기는 하나 그 자체로 법이라고 보기는 어렵다. 또한 논증의 논리 구성 측면에서 볼 때, 법형성의 논증 설계는 이미 마련되어 있는 논증의 대전제에서 파생된 구체적 결정을 도출하는 과정이 아니라, 논증의 대전제 그 자체를 형성하는 결정이다. 이를 위해서는 법원이 대전제의 공백과 결함 등을 인지하는 과정이 선행하며 법원의 문제사안에 적합한 결정을 도출하기 위하여 법원은 현행 실정법의 적용을 제한·정지시키거나 판단의 새로운 잣대를 제시한다.

즉, 법원은 ‘법원리’라는 매개 통로를 통해서 외부 자원을 유입하거나 기존 법규범을 변경시키는 법형성 판결을 내림으로써 법의 변화를 가져온다. 법의 동태적 특성은 정책적 판단에 대한 관심을 촉구한다. 법원이 법원리를 근거로 법형성 판결을 내리는 것은 - 이에 관하여 법실증주의와 비실증주의의 관점이 첨예하게 달라지나, 배제적 법실증주의 관점에서 볼 때에는 - 법체계 외부의 자원을 유입하여 판단의 근거로 삼는 것이므로 실질적으로 사법 입법(judicial law-making)이라고 할 수 있다.

## 2. 내적 요청: 법해석의 막다른 골목

### 가. 라즈의 법형성 요청 분류

법원의 논증 과정에 있어서, 법해석의 사고와 법형성의 사고가 지니는 두드러지는 특징은 그 사고와 판단의 대상이다. 법해석적 사고는 법규범 명제에 관한 판단임에 반하여, 법형성적 사고는 경험 명제에 관한 판단이다. 라즈(Raz)는 법형성이 필요한 경우를 세 가지로 구분한다<sup>256)</sup>. ①법

이 불확실한(모호한) 목소리로 말하는 경우, ②법이 모순된 말을 하는(여러 목소리로 말하는) 경우, ③법이 침묵하는 경우이다. 법이 불확실한 목소리로 말하는 경우란 법해석의 다의성이 생겨나는 경우이며, 법이 여러 목소리로 말하는 경우는 문제사안에 적용할 수 있는 경쟁적인 관계의 법이 복수로 존재하는 경우, 법이 침묵하는 경우란 문제사안을 해결함에 있어서 규율이 근거로 삼을 법이 무엇인지 알기 어려운 경우를 의미한다. 이러한 경우 법원은 연역적 추론에만 의거해서는 완전한 결론에 도달하기 어렵다. 따라서 그와 같은 경우에 법원이 내리는 판단에는 ‘제반 상황을 종합적으로 고려’한 선택적 결정의 요소가 일부로 포함된다.

법의 불확정성을 구분하는 것은 법의 불확정성 문제에 대한 체계적 이해를 가능하게 해준다. 법의 불확정성을 이해하고자 하는 연구자들은 법의 불확정성 연원을 구분함으로써 체계적 접근을 꾀한다<sup>257)</sup>. 켈젠처럼 법의 불확정성과 법의 흠결을 엄격하게 구분하는 견해도 있으나<sup>258)</sup>, 라즈는 법의 흠결을 법의 불확정성과 크게 차이가 나지 않는 것으로 본다.<sup>259)</sup>

#### 나. 법문언이 모호한 목소리로 말하는 경우

법원은 법문언의 의미를 ‘정의’함으로써 - 엄밀하게 보았을 때 ‘정의’보다는 ‘재정의’를 함으로써 - 구체적 사안에 적합한 판단을 내린다. 국가

256) 법형성이 필요한 경우는 법의 불확정성 연원과 연계된다.

257) 일례로 김혁기(2009)는 법의 규범적 불확정성을 그 연원에 따라, ①법의 모순과 충돌, ②법의 흠결, ③법의 모호성 세 가지로 분류한다.

(김혁기, 법의 불확정성 연구, 서울대학교 법학박사 학위논문, pp.32-40)

258) “소위 흠결이라고 생각되는 사안에서도 유효한 법질서를 적용하는 것이 논리적으로 불가능하지는 않다. 그러한 경우에는 구체적 법규범의 적용은 불가능하더라도, 법질서를 적용하는 것은 가능한데 이 역시 법적용이다.” (Kelsen, 순수법학(Reine Rechtslehre), p.251)

259) “법원이 관할(jurisdiction)을 가진 모든 법적 문제에 대해 완전한 대답을 가진다면 법체계는 법적으로 완전하다. 법원 관할 하의 어떤 법적 물음들이 완전한 대답을 갖지 못하면 법체계는 법의 흠결을 갖는다.” (Raz, the Authority of Law, p.70)

배상 판결 및 사주체 간 불법행위 손해배상 판결에서 법문언의 가능한 의미를 넘어서는 법해석을 보인다. 국가배상의 대상이 되는 공무원의 법령위반의 의미(“법령을 위반하여~”), 손해배상청구권 소멸시효 기산점(“~ 안 때로부터”)의 의미를 풀이함에 있어서 법률 조항에 사용된 언어의 통상적 용례를 감안할 때 다소 무리한 방법으로 해당 언어의 개념적 외연을 확장하는 법해석을 한다. 이처럼 법문언의 의미 개념을 확장하여 일반적으로 사용되는 어의보다 더 넓은 범주로 언어의 뜻을 확장함으로써 법원은 해당 법문언에 독특한 의미를 부여한다. 이는 법원이 구체적 사안의 정의에 부합하는 결정을 내리기 위하여 법문언의 의미를 - 통상의 용례와는 달리 - 새로이 재정의하는 방식으로 법형성을 하는 경우이다.

#### 다. 법이 여러 가지 모순된 이야기를 말하는 경우

법문언의 의미를 재정의하는 방식으로든 구체적 사안의 정의 요청에 부합하는 결정을 내리기 어려운 경우에, 법원은 법의 목적을 감안하거나 관습을 이유로 해당 법문언의 효력을 상실시키기도 한다. 법원은 발행지가 기재되지 않은 어음과 수표의 효력을 인정하는 판결에서 어음법 및 수표법의 관련 조항을 무시하고 입법목적과 사회적 관행 등을 이유로 법률의 문언이 지시하는 바와는 다른 결정을 내린다. 또한 소멸시효의 주장 중 일부를 신의칙과 금반언 등 일반 법원리를 통해서 효력을 정지시키는 경우도 있다. 이는 법원이 법해석 결정이 아닌 다른 유형의 결정을 내림을 부인할 수 없이 보여주는 사례들이다.

#### 라. 법이 침묵하는 경우

법원은 법이 침묵하는 부분, 즉 법의 공백을 스스로 채워 나가면서 새로운 법리를 형성하고 이를 판례법으로 정립하는 모습을 보이기도 한다.

환경 분야의 불법행위 보상에 있어서 법원은 환경정책기본법이 제정되기 이전에도 민법의 단순한 불법행위 배상책임 조항<sup>260)</sup>에서 명시적으로 말하고 있지 않는 내용을 판례법으로 형성하였다. 입증책임에 관한 기존 법리를 변경하여 개연성과 간접반증 법리를 도입하여 입증책임을 완화하는 법형성 판결을 내림으로써 특유한 판례법을 정립하였고, 해당 판례법의 법리를 분쟁 사안의 유형(재산피해와 신체피해)에 따라 보다 구체적으로 세분화함으로써 관련 문제를 규율하고 있다. 그리고 이러한 법원의 판결에 따라 관련 환경법이 제정되는 등 오히려 사법부의 결정이 의회 입법에 영향력을 미치는 현상이 관찰되기도 한다.

### 3. 외적 요청: 법의 합리성을 위한 법형성

#### 가. 참을 수 없는 부정의

법원의 결정에서 정책적 논증이 이루어지는 상황적 여건 내지 전제를 살피면, 참을 수 없는 부정의 극복과 사회의 합리성 증대이다. 즉, 법형성이 요청되는 경우는 형식의 ‘법적 안정성’과 실질의 ‘합목적성’ 사이에 긴장관계가 빚어지는 경우이거나, 사회적·정치적 수준에서 법해석(狹義) 결과를 수용하기 어려워 사회 구성원들이 받아들일 수 있는 정의(正義)가 요청되는 경우, 혹은 사회의 변화로 예전에 만들어진 법을 적용하기 어려운 경우이다.<sup>261)</sup>

260) 제750조(불법행위의 내용) 고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다.

261) 이를 구체적으로 세분화하여 ‘법률에 반하는 법형성’을 다음과 같이 유형화하여 구분하기도 한다 (양천수, 법률에 반하는 법형성의 정당화 가능성, pp.132-135)

- ① 법률에 명백한 실수가 있는 경우
- ② 법률의 내용이 서로 모순되거나 충돌하는 경우
- ③ 법률이 헌법에 반하는 경우
- ④ 법률의 내용이 심하게 비합리적이거나 반도덕적인 경우
- ⑤ 사회변화로 규범상황이 변한 경우

상기 유형 구분에서 실질적으로 문제가 되는 것은, 3번과 4번 그리고 5번이다. 3번과 4번은 라드부르흐가 말한 ‘불법적 법률’에 해당하는 경우이며, 5번 역시 법률의 내용

라드부르흐는 법적 안정성을 감안하더라도 ‘참을 수 없는 극도의 부정의’가 존재하는 경우에는, 정의를 우선하여 법적 안정성을 훼손하더라도 정의를 우선하는 결정을 내려야 한다고 말했다. 이른바 ‘라드부르흐 공식’으로도 불리우는 이 공식은, ‘법률적 불법’을 교정하기 위한 기준으로 제시되곤 한다. 우리나라 판결에서도 사회정의와 신의칙, 공서양속 등이 판시에서 등장하는 판결들은 대부분 법률적 불법을 교정하기 위한 범형성 판결들이다.

## 나. 사회적 변화의 수용 등 합리성의 증대

부정의의 극복 내지는 정의 실현과 함께 범형성의 또 다른 근거가 되는 것은 합리성의 증대이다. 법의 적용이 합리적 결과를 담보하지 않는 경우 법원은 ‘평가모순<sup>262)</sup>’을 피하고 합리적 결과를 확보하기 위하여 정책적 이유를 반영한 결정을 한다. 이는 사회의 변화를 이유로 범형성을 긍정하는 논거가 되기도 한다. 법원은 법규정을 ‘합리적으로’ 해석함으로써 법률을 사회현상에 적응하는 임무를 수행하고 있음을 밝히고 있다. 이 경우 법원의 ‘합리적’ 해석은 법문언의 기계적 해석을 넘어서 입법의 목적달성 및 사회적 효율 등 정책적 평가를 수반하게 된다. 우리나라 법원은 ‘사회변화’ 역시 범형성의 이유가 되어 타당함을 다음과 같이 밝히고 있다.

“일반적으로 모든 법은 법규정의 본질을 바꾸는 정도의 것이 아닌 한  
도에서 이를 합리적으로 해석함으로써 뒤쳐진 법률을 앞서가는 사회현

---

적 타당성이 문제가 되는 경우이다. 범명제를 그대로 따르기 어려운 이유는 차별화될 수 있으나, 범명제를 그대로 적용하는 경우에는 ‘부당한 결과를 초래’하기 때문에, 3번과 4번과 5번 모두 같은 내용 - 부당한 결과를 간과할 수 없음 - 을 말하고 있다.

262) 양창수, “부동산실명법의 사법적 규정에 의한 명의신탁의 규율,” 민법연구, 제5권, 박영사, 1999

“그러나 그 문언 또는 문법구조대로 해석하는 것이 평가모순을 가져오는 경우에는, 가능한 어의와 의미관련의 범위 안에서 이를 피할 수 있는 해석이 요구되며, 비상의 경우에는 이를 해소하기 위하여 때로 법에 반하는(*contra legem*) 해석도 허용되는 것이다.”

상에 적용시키는 일방 입법기관에 대하여 법률의 개정 등을 촉구하는 것은 법원의 임무에 속하는 일이라 할 것이고, 그 뒤쳐진 법규정의 재래적 해석·적용이 부당한 결과를 초래한다는 것을 알면서도 법률 개정이 라는 입법기관의 조치가 있을 때까지는 이를 그대로 따를 수밖에 없다고 체념해 버리는 것은 온당치 않은 태도이다<sup>263)</sup>.”

즉, 법원은 사회 변화에 따른 성문법 비판과 보완으로서의 법형성 결정을 내린다. 법원의 법형성 결정은 성문법의 문언에 반하는 결정도 있지만, 일반·추상적인 법문언의 구체적 해석 내용을 달리 하는 경우도 포함된다. 법률 조항은 그대로인데 대법원의 판례가 바뀌는 것 역시 새로운 판례법의 창조라는 점에서 법형성 결정에 속한다<sup>264)</sup>.

사회적 합리성에 대한 평가와 판단이 변화한다면 그와 결부된 법적 결정 역시 변화하게 된다<sup>265)</sup>. 사회적 인식이 변화하여 사회적 합리성의 요청이 있는 경우, 법적 결정은 그러한 ‘판례변경에 대한 사회적 수요<sup>266)</sup>’

263) 대법원 1998. 4. 23. 선고, 95다36466 전원합의체 판결

264) 최대권, “법적 결정과 사회과학”, p.59

“헌법 변천 현상에 상응하는 현상은 다른 법 분야에서도 얼마든지 일어나고 있음을 주의할 필요가 있다고 생각한다. 그 대표적인 예가 대법원의 새로운 판례를 만들고 혹은 이전의 판례를 변경하는 현상이라고 생각한다. 예컨대 민법 조항 자체는 바뀌지 아니하고 그대로인데 대법원의 판례가 바뀐다는 것은 무엇을 의미하는가? 그것은 대법원에 의한 새로운 법의 발견인가 혹은 새로운 법의 창조인가? 우리는 위에서 그것은 같은 현상의 다른 측면의 표현일 뿐이라고 천명한 바 있다. 왜냐하면 법의 발견이라고 하더라도 그것은 새로운 법(즉 판례법)을 형성하는 것임에 틀림없기 때문이다. 아무튼 법의 발견이든 법의 창조이든 새로운 사실이나 변경된 사실(인식)에 바탕을 두어 그 사실에 타당한 법의 발견이 새로운 판례 형성이나 판례변경(즉 법 창조)에 이르리라는 것은 쉽게 상정할 수 있다. 그리하여 새로운 사실에 타당한 법의 발견(창조)은 사실 인식이 합리적인 때 정당화된다고 생각한다.”

265) 최대권, 전게서(주263), p.55

“동일한 사회에 존재하여 오던 법제도나 법원칙이라도 사회가 바뀌면 얼마든지 그 의미나 기능이 다를 수 있다는 문제이기 때문이다. 그러한 만큼 필요한 것은 사회변화를 읽고 변화된 사회적 문맥에서 (헌)법을 볼 줄 아는 눈이다.”

266) 최대권, 전게서(주263), p.60

“그러나 동성동본금혼 제도를 법의 힘을 빌려서까지 강행하는 것이 과연 타당하냐를 따지는 세상인심의 변화(즉 법의식의 변화)를 사회과학적으로 채집하여 보여줄 수 있다고 생각한다. (...) 미국 Brown사건의 경우에 판례변경의 정당화 논리로 도덕적 필요성을 거론하기도 한다. 우리는 이곳에서 새로운 판례 형성이나 판례변경의 사회적 수요 인식에 바탕을 둔 (사회)과학적 합리성을 문제 삼는 것이다. 그리고 과학적 합



에 반응하여 보다 높은 합리성을 충족하기 위한 법형성 결정이 일어난다. 자연법주의의 관점에서, ‘법발견’이라는 이름을 사용하면서도 사회의 변화를 수용할 “법관의 법발견도 어느 정도는 유연성의 사고를 필요”함이 강조된다.<sup>267)</sup>

#### 4. 현행법 비판과 보완으로서의 법형성

례를 살필 때, 법원의 법적 논증에 있어서 실정법 이외의 규범 자원을 활용하는 모습이 관찰된다. 이는 법해석에만 의존하여서는 사법적 기능이 작동하기 어려운 사안에서 법원이 법형성을 통하여 구체적인 사안에 적합한 규범을 현출해냄으로써 문제에 대응하고 있다.

‘법의 발전적 형성은 불가피<sup>268)</sup>’함을 강조하는 심헌섭(1982)의 연구는, 법에 대한 ‘생산적 비판’이 긍정될 필요성을 말하고 있다. 다만, 법의 영역 구분에 따라서 법형성이 보다 자유롭게 인정될 수 있는 영역과 그렇지 않은 영역을 구분하고 있는데, 법적 문제를 ‘정당하게’ 해결해야 하는 법률의 ‘개선적 기능’이 요청되는 사법 분야에서 법형성을 인정할 수 있으나, 형법 분야에서는 법형성에 신중하여야 함을 말한다.

“사실 법의 발전적 형성을 요하는 여러 경우들을 보면 그것들은 법관에 ‘법제정의 전권위임’을 부여한 것이나 다름없는 것이다. 법획득의 관점에서 보면 이러한 법형성은 근본적으로 법이 이상적으로 실현하여야 할 기능을 고려하여 생각할 문제이다. 법적 안정성과 권력분립이라는 법

---

리성을 지닌 법적 결정은 정당성을 지니게 되는 것이다.”

267) 박은정, 전거서, pp.47-48

268) 심헌섭, “법획득방법의 기본구조에서 본 법학과 법실무”, 서울대학교 법학, 제 23권 제1호, 1982, p.41

“법획득의 방법론에서 판례의 역할도 중대하다. 한때는 법관을 법문구를 발음하는 입으로 생각도 하였지만 이는 이제 하나의 환상이다. 법률에는 주지하듯이 불확정적 개념, 규범적 구성요건징표, 일반조항, 제량개념, 나아가 흠결, 모순, 심지어 오류 등이 내재되어 있다. 또 법학에 의해 제안된 해석과 학설은 너무 많고 상이해서 문제이다. (...) 이렇게 본다면 법률도 법학도 판결을 완전히 결정하여 법관을 법률과 학설의 ‘노예’로 만들 수는 없게 되었다. 말하자면 판결에 의한 법(의 발전적) 형성(Rechtsfortbildung)은 불가피한 것이다.”

치국가적 원리로 보아 법원은 법률에 당연히 구속된다. 그러나 법적 문제를 ‘정당하게’ 해결하려는 이른바 법률의 ‘규범적 기능’ 내지 ‘개선적 기능’을 앞세워야 하는 영역(私法)에서는 법에 대한 ‘생산적 비판’은 제한되게나마 긍정되어야 할 것이다. 그러나 이는 법의 이른바 ‘기획적 기능’을 앞세워야 영역(刑法)에서는 바람직하지 못하다. 그래서 ‘금액판결’은 말이 많았던 것이다. 사실 이러한 판결의 근거로 내세우는 결정이 가져올 ‘부당한 결과’의 고려란 입법자가 할 일이지 법관이 할 일은 아니다.<sup>269)</sup>”

다음의 글에서 말하는 ‘사회 내에 존재하는 경험적인 지배적 평가’는 법원의 판단 과정에서 정책적 사고가 활용됨을 설명한다.

“법획득의 과정, 다시 말해서 법추론은 거의 빠짐없이 경험적 명제를 내포하고 있다. 예컨대 해석함에 있어서 문리에 쫓는다 해도 그것은 결국 경험적인 언어관용의 확인이며, 역사적 해석도 입법에 참여한 이들의 경험적인 역사적 의사의 확인인 것이다. 또 법획득이 널리 평가를 통해 이루어진다고 해도 그것이 순 주관적 평가일 수는 없고 우선 사회 내에 존재하는 경험적인 지배적 평가(선량한 풍속, 사회상규)에 의해 향할 것이다(이른바 ‘사회적 평가법학’). 더욱이 법추론의 소전제 즉 ‘사실확정’은 경험적 명제의 개입 없이는 이루어질 수 없는 것이다.”<sup>270)</sup>

당면 사안에 적합한 결정을 내리기 위하여 법체계 내적(內的) 자료, 즉 법명제의 논리적 구성과 조합이 가능하려면 사안과 관련된 경험적 명제에 대한 검토와 평가가 필요하다. 이를 다시 옮기자면, 법원이 문제사안의 해결을 위하여 법리를 새로이 개발하지 않는 경우라고 하더라도 경험적 명제에 대한 평가가 수반되어야 함은 물론이며, 만약 법원이 비전형적인 유형의 문제사안에 적합한 결정을 산출하기 위하여 법리를 새로이 형성하는 경우에 경험적 명제에 대한 분석과 평가는 더욱 중요한 비중을

269) 심헌섭, “법획득방법의 기본구조에서 본 법학과 법실무”, 1982, p.41

270) 심헌섭, “법획득방법의 기본구조에서 본 법학과 법실무”, 서울대학교 법학, 제 23권 제1호, 1982, pp.42-43

차지한다. 이처럼, 순수한 법논리 이외의 판단 요소, 다시 말해 사회의 경험적 명제에 관한 검토와 평가는 법형성 판결을 분석하고 평가함에 있어서 법원의 정책적 관점의 사고에 관한 이해가 수반되어야 함을 알려준다.

### 제3항 정책적 목적과 법해석

#### 1. 확장지향적 해석 : 국가배상법의 ‘법령 위반’

##### 가. 개념의 외연 확장

대법원 2005두12572 전원합의체 판결이 법문언의 의미를 ‘제한’하고 ‘축소’한 판결인 반면, 법원이 법문언의 의미를 ‘확장’하거나 심지어 통상의 언어 용례와는 친숙하지 않은 새로운 의미를 부여하는 경우도 존재한다. 여러 사안에서 우리나라 법원은 문제사안과 관련된 법문언의 의미를 ‘확장’하거나 ‘재정의’하는 방식으로 적합한 결정을 산출하였는데, 관련 내용을 다음과 같이 확인할 수 있다.

법원은 법조문의 언어를 해석할 때, 개념의 외연을 최대한 확장하여 관련 개념을 모두 포괄하도록 해석하는 경우가 있다. 법원이 국가배상책임의 대상이 되는 공무원 부작위를 판단함에 있어서 국가배상법의 법조문의 의미를 해석한 방식이 그러한다. 국가배상법 제2조제1항<sup>271)</sup>의 전단은, 공무원이 “직무를 집행하면서 고의 또는 과실로 법령을 위반하여 타인에게 손해를” 입힌 경우 국가나 지방자치단체에 해당 손해를 배상할 것을 규정하고 있다. 관련 사안에서 쟁점이 된 것은, 공무원이 ‘법령을

---

271) 국가배상법 제2조(배상책임) ① 국가나 지방자치단체는 공무원 또는 공무를 위탁받은 사인(이하 "공무원"이라 한다)이 직무를 집행하면서 고의 또는 과실로 법령을 위반하여 타인에게 손해를 입히거나, 「자동차손해배상 보장법」에 따라 손해배상의 책임이 있을 때에는 이 법에 따라 그 손해를 배상하여야 한다. (下略)

위반하여' 손해를 입힌 사실을 어떻게 판단하느냐 하는 것이다.

우리나라 대법원은 경찰 공무원이 범인식별실을 사용하지 않아 범죄 피해자에게 손해를 입힌 경우 그러한 부작위 행위에 관하여 국가배상책임을 인정할지 여부를 두고, 공무원의 '법령 위반'의 의미를 최대한 넓게 해석하여 다음과 같이 국가배상책임을 인정하였다.

국가배상책임에 있어 (...) 법령을 위반하였다 함은 엄격한 의미의 법령 위반뿐 아니라 인권존중, 권력남용금지, 신의성실과 같이 공무원으로서 마땅히 지켜야 할 준칙이나 규범을 지키지 아니하고 위반한 경우를 포함하여 널리 그 행위가 객관적인 정당성을 결여하고 있음을 뜻하는 것이므로, 경찰관이 범죄수사를 함에 있어 경찰관으로서 의당 지켜야 할 법규상 또는 조리상의 한계를 위반하였다면 이는 법령을 위반한 경우에 해당한다(대법원 2002. 5. 17. 선고 2000다22607 판결).

이 판결에서 법원은 '법령 위반'이, "엄격한 의미의 법령 위반뿐 아니라 인권존중, 권력남용금지, 신의성실과 같이 공무원으로서 마땅히 지켜야 할 준칙이나 규범을 지키지 아니하고 위반한 경우를 포함하여 널리 그 행위가 객관적인 정당성을 결여"한 경우를 모두 포함한다는 확장해석을 하였다. 엄격한 법문언주의자의 입장에 선 문리해석에 따르자면 '법령 위반'의 의미를 조리상의 한계를 위반하는 경우까지 포함하는 대법원의 상기 해석은 정상적인 법해석의 범주를 벗어난 것이라고 평가할 수 있다.

이 사안에서 법원이 국가배상법 제2조의 문언의 개념을 최대한 확장해서 판결한 이유는 해당 사안에 대한 사회적 정의 요청과 관련이 있다. 해당 사건은 당시 사회적 공분을 일으킨 밀양 성범죄 사건을 담당하던 경찰 공무원들이 가해자들과 피해자를 같은 공간에서 심문하고 그 과정에서 피해자가 2차 가해를 당한 사건이었다. 사안의 엄중성과 사회적 비난의 정도 등을 감안할 때, 법원이 '법령 위반'을 문자 그대로의 엄격한 의미의 법령 위반으로 해석하는 경우에는 구체적 정의를 찾기 어렵다고 판

단하여 관련 조문의 언어를 최대한의 외연으로 확장하는 판결을 내린 것이라고 볼 수 있다.

사회적 정의의 관점에서 볼 때에는 법원의 결정에 관해서 이의를 제기할 사람이 극히 드물 것이나, 법해석에 초점을 두면 해당 결정에서 법원의 ‘해석’이 협의의 해석을 - 법문언의 가능한 범위의 경계를 - 넘어서는 것이 아닌가 하는 평가가 가능하다.

이는 대법원 2007다64365 판결이 그 선례로서 활용하는 대법원 2002다53995 판결<sup>272)</sup> 내용을 감안할 때에도 그러하다. 공무원의 부작위에 대하여 국가배상책임 인정은 원칙과 예외의 논리로 구성되어 있다. 국가배상책임을 인정하는 원칙에 해당하는 요건은, “국민의 생명, 신체, 재산 등에 대하여 절박하고 중대한 위험상태가 발생하였거나 발생할 우려가 있어서 국민의 생명, 신체, 재산 등을 보호하는 것을 본래적 사명으로 하는 국가가 초법규적·일차적으로 그 위험 배제에 나서지 아니하면 국민의 생명, 신체, 재산 등을 보호할 수 없는 경우”이다<sup>273)</sup>. ㉠국민의 생명, 신체, 재산 등에 대한 ㉡절박하고 중대한 ㉢위험상태가 발생하였거나 발생할 우려가 있는 경우이다. 이러한 상태이면 원칙적으로 공무원 부작위에 대한 국가배상책임이 인정되지만, 이에서 벗어나는 예외이면 국가배상책임이 인정되지 않는다. 대법원 2002다53995 판결은, “공무원의 부작위로

---

272) 대법원 2005. 6. 10. 선고, 2002다53995 판결

: 여기서 ‘법령에 위반하여’라고 하는 것이 엄격하게 형식적 의미의 법령에 명시적으로 공무원의 작위의무가 규정되어 있는데도 이를 위반하는 경우만을 의미하는 것은 아니고, 국민의 생명, 신체, 재산 등에 대하여 절박하고 중대한 위험상태가 발생하였거나 발생할 우려가 있어서 국민의 생명, 신체, 재산 등을 보호하는 것을 본래적 사명으로 하는 국가가 초법규적·일차적으로 그 위험 배제에 나서지 아니하면 국민의 생명, 신체, 재산 등을 보호할 수 없는 경우에는 형식적 의미의 법령에 근거가 없더라도 국가나 관련 공무원에 대하여 그러한 위험을 배제할 작위의무를 인정할 수 있을 것이나, (...) 공무원의 부작위로 인한 국가배상책임을 인정할 것인지 여부가 문제되는 경우에 관련 공무원에 대하여 작위의무를 명하는 법령의 규정이 없다면 공무원의 부작위로 인하여 침해된 국민의 법익 또는 국민에게 발생한 손해가 어느 정도 심각하고 절박한 것인지, 관련 공무원이 그와 같은 결과를 예견하여 그 결과를 회피하기 위한 조치를 취할 수 있는 가능성이 있는지 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

273) 대법원 2001. 4. 24. 선고, 2000다57856 판결 역시 2002다53995 판결과 동일한 내용의 판단 조건을 제시하고 있다.

인하여 침해된 국민의 법익 또는 국민에게 발생한 손해가 어느 정도 심각하고 절박한 것인지, 관련 공무원이 그와 같은 결과를 예견하여 그 결과를 회피하기 위한 조치를 취할 수 있는 가능성이 있는지 등을 종합적으로 고려하여 판단”해야 한다고 밝히고 있다. 사안이 상기 요건을 충족하였는지를 ‘종합적으로 고려’한 법원은 2007다64365 판결에서 공무원이 법령을 위반하여 국가에게 배상책임이 인정된다는 결정을 내렸다.

#### 나. 제반 요소들의 종합적 고려

2007다64365 판결에 이르기까지 두 과정의 작업이 진행된다. 먼저 국가배상법 제2조의 ‘법령을 위반하여’라는 문언의 의미를 해석함에 있어서, 2002다53995 판결 등은 법령을 위반하였다는 의미를 가급적 넓게 인정하기 위해서 공무원의 부작위가 국민의 법익에 절박하고 중대한 위험상태를 야기하는 경우 해당 부작위는 불법이 될 수 있는 요건을 실시하였다. 그리고 2002다53995 판결은, ‘인권존중, 권력남용금지, 신의성실’의 준칙을 지키지 않은 공무원은 그러한 요건을 충족하여 법령을 위반한 경우에 해당된다.

사안의 제반 요소를 고려하여 적합한 판결 - 그 결정 내용에 있어서는 사회 대부분이 충분히 수긍할 결정 - 이 내려졌음에도 불구하고 ‘법령’이라는 단어의 사전적 의미를 감안할 때 이 판결은 해당 언어의 개념 범주를 과도하게 확장한 것이 아닌가 하는 비판이 가능하다. 또한 2007다64365 판결이 선례로서 직접 인용하고 있는 2002다53995 판결에서 실시한 논리구조- 공무원의 부작위가 국가배상책임 대상이 되는 경우 -에 따라, 해당 요건이 충족되었는지에 관해서는 세부적인 논증을 진행하지 않고 있다. 물론 간접적으로 해당 요건이 충족되었다고 추론할 수 있을 것이나, 언어의 개념을 확장하여 법령 위반을 인정하고 있는 상태에서 선례로서 논급한 판결에서 실시된 요건이 충족되었음을 보다 명시적으로 밝힐 필요성이 있다고 할 것이다.

### 3. 법률 언어의 재정의 : 소멸시효 기산점

상기의 경우처럼 법원이 법문언의 뜻을 사전적 의미 이상으로 확장하여 결정을 내리는 경우가 존재한다. 또한 법률 조항에서 사용된 언어의 의미를 일상의 용례를 뛰어넘어 상세하게 정의함으로써 - 사실상 ‘재정의’를 함으로써 - 판결을 산출하는 경우도 존재한다.

법 언어의 사용에 있어서 입법부와 사법부에는 묵시적 의무와 요청이 존재한다. 입법부는 법 언어를 만들고 개정함에 있어서 가급적 명료하고 정확한 언어를 사용하여 불필요한 오해의 여지를 최소화해야 한다. 또한 사법부는 입법자가 선택한 단어를 재정의하는 일이 없어야 한다. 입법자가 선택한 단어가 너무나 모호하여 그 의미에 관한 풀이가 필요하지 않은 이상, 입법자가 사용한 언어를 재정의하는 것은 사법부에서의 법규범 변형, 보다 부정적으로 표현하면 임의적 조작으로 비칠 염려가 있기 때문이다.

그러나 우리 판례에서는 의회에서 선택한 언어가 모호하지 않은 경우에도 단어의 재정의를 통해서 특정한 방향성을 지닌 결정을 산출하는 모습을 볼 수 있다. 여러 판례에서 관찰되는 이러한 태도를 두드러지게 확인할 수 있는 경우는 소멸시효의 기산점에 관한 법원의 해석 및 산업재해의 직무관련성에 관한 해석이다.

민법 제766조에서 규정한 단기 소멸시효의 기산점은 가해자를 ‘안 날’로부터, 장기 소멸시효의 기산점은 ‘불법행위를 한 날’로부터 진행한다<sup>274)</sup>. 우리나라 법원은 ‘안 날’과 ‘한 날’이라는 문언의 의미를 해석하면서 법원의 정의를 제공함으로써 일정한 결과를 산출하고 있다. 우선, 장기 소멸시효의 기산점을 해석함에 있어서 법원은 ‘불법행위를 한 날’이라

274) 민법 제766조(손해배상청구권의 소멸시효) ① 불법행위로 인한 손해배상의 청구권은 피해자나 그 법정대리인이 그 손해 및 가해자를 안 날로부터 3년간 이를 행사하지 아니하면 시효로 인하여 소멸한다.

② 불법행위를 한 날로부터 10년을 경과한 때에도 전항과 같다.

는 법문언의 뜻을 불법행위를 저지른 날이 아니라, 그로 인한 손해의 결과가 발생한 날로 해석한다. 민법 제766조의 법문언은 ‘원인(原因)시점’으로 표현되어 있으나 판례는 법문언의 외형적 지시와는 달리 그 의미를 오히려 ‘결과(結果)시점’으로 새기고 있다.

“민법 제766조제2항에서 정한 장기소멸시효의 기산점이 되는 ‘불법행위를 한 날’은 가해행위가 있었던 날이 아니라 현실적으로 손해의 결과가 발생한 날을 의미하며, 현실적으로 손해가 발생하였는지 여부는 사회통념에 비추어 객관적이고 합리적으로 판단하여야 한다(대법원 2016. 5. 19., 선고, 2009다66549, 전원합의체 판결)”

‘불법행위(不法行爲)를 한 날’을 글자 그대로 문리해석하면 가해행위가 발생한 날을 의미한다. 하지만 원인과 결과 간의 시차(時差)로 종종 발생하는 피해구제의 어려움을 완화하기 위해서 법원은 소멸시효의 기산점을 최대한 뒤로 늦추어 설정한다. 장기 소멸시효의 기산점의 의미를 손해 ‘결과가 발생’한 날로 새기면서, 그러한 발생은 ‘현실적 발생’을 의미한다고 말한다. 더욱이, 손해 결과를 현실적으로 판별 가능한 시점은 ‘사회통념에 비추어 객관적이고 합리적으로 판단’하여야 한다고 실시하고 있다. 다시 말해서, 손해의 ‘현실적 발생’ 시점은 사회통념에 비추어 유동적으로 판단 가능하다는 의미이다.

법원은 2009다66549 판결에 앞서, 손해의 ‘결과발생이 현실적인 것’이 되었다면 피해자의 주관적 인식은 소멸시효 진행에 영향을 미치지 않는다는 판결을 내린 적도 있으나(2004다71881 판결)<sup>275)</sup>, 2009다66549 판결에서는 ‘사회통념에 비추어’라는 논리를 부가하여 기산점 판단에 사안 여건을 종합적으로 고려할 여지를 부여하였다.

275) 대법원 2005. 5. 13. 선고, 2004다71881 판결

불법행위에 기한 손해배상채권에 있어서 민법 제766조 제2항에 의한 소멸시효의 기산점이 되는 ‘불법행위를 한 날’이란 가해행위가 있었던 날이 아니라 현실적으로 손해의 결과가 발생한 날을 의미하지만, 그 손해의 결과발생이 현실적인 것으로 되었다면 그 소멸시효는 피해자가 손해의 결과발생을 알았거나 예상할 수 있는가 여부에 관계없이 가해행위로 인한 손해가 현실적인 것으로 되었다고 볼 수 있는 때로부터 진행한다.



단기 소멸시효의 기산점이 되는 ‘안 날’의 의미 역시 법원이 개념적 정의를 제공함으로써 일정한 판단기준을 설정하고 있다. 2013년 선고된 베트남전쟁 고엽제 피해 손해배상청구 판결은 소멸시효에 관해서 성문법이 말하지 않은 상세한 부가설명을 제공한다. 해당 사건에서 대법원은 피해자의 주관적 인식은 구체적이고 확실한 수준에 이르러야 소멸시효가 진행된다면서 다음과 같이 판시하였다.

“민법 제766조 제1항은 (···) 여기서 ‘손해 및 가해자를 안 날’이란 피해자나 그 법정대리인이 손해 및 가해자를 현실적이고도 구체적으로 인식한 날을 의미하며, 그 인식은 손해발생의 추정이나 의문만으로는 충분하지 않고, 손해의 발생사실뿐만 아니라 가해행위가 불법행위를 구성한다는 사실, 즉 불법행위의 요건사실에 대한 인식으로서 위법한 가해행위의 존재, 손해의 발생 및 가해행위와 손해 사이의 인과관계 등이 있다는 사실까지 안 날을 뜻한다. 그리고 피해자 등이 언제 불법행위의 요건사실을 현실적이고도 구체적으로 인식한 것으로 볼 것인지는 개별 사건의 여러 객관적 사정을 참작하고 손해배상청구가 사실상 가능하게 된 상황을 고려하여 합리적으로 인정하여야 하고, 손해를 안 시기에 대한 증명책임은 소멸시효 완성으로 인한 이익을 주장하는 자에게 있다(대법원 2013. 7. 12., 선고, 2006다17539, 판결요지).”

해당 판결은 2004다71881 판결과 미묘하게 상충한다. 일견 2004다71881 판결은 민법 제766조제2항의 장기 소멸시효의 진행에 관한 판결이며, 2006다17539 판결은 민법 제766조제1항의 단기 소멸시효 진행에 관한 판결로 보이나, ‘손해 결과의 현실화’ 시점이 언제인지 판단함에 있어서 피해자의 주관적 인식이라는 내면적 사정을 고려할 것인지를 두고서 본질적으로 동일한 대상을 다루면서 상이한 판단을 보인다.

2004다71881 판결의 논리는 손해의 결과발생이 현실화 되었다면 그에 관한 피해자의 주관적 요소는 소멸시효 완성에 영향을 미치지 않는다고 판시하고 있다. 이 판결의 논리를 고엽제 손해배상청구 사건(大判 2006

다17539)에 그대로 적용하면 대다수 피해자의 경우 고엽제 노출로 인한 손해 결과발생이 예전부터 현실화되었기 때문에 소멸시효가 완성되었다는 결론이 도출될 수 있다. 그러나 2006다17539 판결은 장기 소멸시효에 관해서는 특별한 논급을 하지 않으면서 단기 소멸시효의 기산점인 ‘안 날’의 의미를 풀이하면서 ‘현실적이고 구체적 인식’, 즉 피해자가 인과관계 확인 및 행위의 불법성 이해, 가해자 특정 등을 모두 명료하게 인식한 날이 기산점이 된다고 한다. 대법원의 논리는, 손해의 결과발생이 현실화되었다고 하더라도, 피해자 내지 그 법정대리인이 ‘손해의 발생사실 뿐만 아니라 가해행위가 불법행위를 구성한다는 사실, 즉 불법행위의 요건사실에 대한 인식으로서 위법한 가해행위의 존재, 손해의 발생 및 가해행위와 손해 사이의 인과관계 등이 있다는 사실까지 안 날’이 소멸시효의 기산점이라고 판단함으로써 소멸시효의 진행 및 완성에 필요한 조건을 추가하여 설시함으로써 한층 더 엄격한 입장을 취한다.

베트남 전쟁 당시 강한 독성의 고엽제를 살포한 행위를 한 이후로 이미 오랜 기간이 경과하였고, 고엽제 노출로 인한 피해가 발병한 이후로도 수십 년의 시간이 경과하였다. 민법 제766조제1항의 단기 소멸시효 내지 제766조제2항의 장기 소멸시효 중 먼저 그 기간이 도과하는 것을 기준으로 소멸시효는 완성된다. 해당 사안에서 주관적 인지 시점을 기준으로 하는 단기 소멸시효와 달리 장기 소멸시효는 장기 소멸시효는 이미 완성되었다고 할 것이다. 그러나 법원은 제766조제1항의 소멸시효 기산점을 배상청구 주체의 정확하고 구체적인 인지 시점을 기준으로 하여 최대한 뒤로 늦추는 논리를 적용하면서 단기 소멸시효가 완성되지 않았다고 판시한다.

만약 민법 제766조의 불법행위 손해배상청구권 소멸시효 규정을 법 문언 그대로 해석하면, 베트남전 참전 피해자들은 소멸시효 때문에 청구권을 행사할 수 없게 된다. 이러한 이유에서인지 법원은 제1항의 단기 내지 제2항의 장기 소멸시효 중 기간이 먼저 도과하는 시점을 기준으로 소멸시효 완성 항변이 가능하다는 일반적 법리에도 불구하고, 제2항에 관

해서는 침묵하고<sup>276)</sup> 제1항에 관해서 보충 법리를 생성함으로써 정책적인 판단을 내린다. 해당 판결에서 법원은 장기 소멸시효의 완성 여부에 관해서는 침묵하고 있으나, 앞서 살핀 바와 같이 2009다66549 판결은 장기 소멸시효의 기산점을 ‘사회통념에 비추어’ 판단하여야 한다고 함으로써 장기 소멸시효의 기산점을 보다 ‘유연하게 풀이’할 길을 열어둔다.

이처럼 법원은 ‘안 날’의 경우에는 법문언에 등장하는 용어에 상세한 내용을 부가함으로써 그 개념을 확장하고, ‘한 날’의 의미를 풀이함에 있어서는 일반 용례에 비추어 볼 때 통상적이지 않은 뜻 - 원인행위 기준 이 아니라 결과발생 기준이라는 - 을 부여함으로써 일정한 결정을 내리고 있다. 법원이 이와 같이 문언의 의미를 확장·상술하는 방식으로, 특정 법조항의 효력을 조절·제한하기 위하여 상세한 조건을 부가하는 보충 법리를 생성하거나 혹은 관련 법률 조항에 비통상적인 새로운 의미를 부여하는 것은, 해당 사안에 관한 정책적 고려 때문이라고 볼 수 있다.

베트남 전쟁의 고엽제 피해를 비롯한 여러 손해배상청구 사건에서 민법의 소멸시효 규정을 법문언 그대로 해석하고 적용하는 경우에는 피해자 구제 가능성이 축소된다. 소멸시효 기산점에 관한 비교적 단순한 법문언에 상세한 조건을 부가하여, 해당 법문언의 의미를 구체적으로 개발·충전함으로써 소멸시효의 진행이 어려워지고 소멸시효 도과가 ‘제한’되는 결과가 도출된다. 문리해석 결과가 지나치게 가혹한 일이 됨을 우려한 법원으로서의 구체적 사안의 정의에 합치하는 결정, 다시 말해서 법원이 사회·정책적 측면을 고려하여 합당한 결정을 내리기 위한 노력이 반영된 결과라고 할 것이다.<sup>277)</sup>

---

276) 여러 가지 주관적 조건의 충족을 요구하여 소멸시효 진행을 늦출 수 있는 제1항과 달리, 제2항의 경우에는 외부에 드러난 객관적 사실로 소멸시효가 완성되는 것이기 때문에 법원이 이들을 구제할 수 있는 논리를 개발하는 것은 쉽지 않다.

277) 근래 사회적으로 주목을 받는 일제 강제징용 손해배상 판결의 경우에도 법원은 소멸시효의 기산점을 최대한 뒤로 설정하고 있다. 강제징용 피해자들이 신일철주금(舊 신일본제철)을 대상으로 손해배상을 청구한 사건에서, 대법원은 2012년 5월 24일 선고한 환송판결(2012다12863)과 2018년 10월 30일 판결(2013다61381)에서 모두 민법상 소멸시효가 완성되지 않았다고 판단하였다.

## 제 2 절 법과 정책

### 제1항 법과 정책

#### 1. 법과 정책의 친연관계

법과 정책은 불가결한 관계를 맺고 있다. 현대사회 많은 영역에서 법률은 우리 사회에서 정책 실현을 위한 가장 강력한 수단이자 정책 내용이 가장 집약적으로 드러난 형태이다.

정책적 사고에 있어서 가장 두드러진 특징은, 정책의 ‘목적성’이다. 일반 정책학은 현실의 문제 해결을 위한 처방적 학문으로서, ‘문제 지향적(problem-oriented)’인 성격을 지니며, 사회 문제에 대하여 정치 체계가 내린 권위적 결정이라고 정리 가능하다<sup>278)</sup>. 정책학은 정책 과학으로서의 속성 때문에 ‘미래 예측’을 당연한 요소로 포함한다<sup>279)</sup>. 즉, 정책학은 미래에 달성하고자 하는 ‘정책목표<sup>280)</sup>’를 필수적인 개념 요소로 포함하며, ‘미래의 바람직한 목표’를 이룩하기 위한 과학적인 수단으로서의 정책은 규제정책, 재분배정책, 배분정책, 구성정책으로 크게 유형을 구분(Lowi)할 수 있다.

라스웰(Lasswell)은 그의 저서, 「The Policy Orientation(1951)」에서, 정책을 “사회 변동의 계기로서 미래 탐색을 위한 가치와 행동의 복합체”

---

278) David Easton의 정의에 의하면, 정책은, “사회 전체를 위한 가치들의 권위적 배분(the authoritative allocation of values for the whole society)”으로서 “정치 체계가 내린 권위적 결정” 혹은 “권위적 산출물의 일종”이다.

(Easton, The Political system : an inquiry into the state of political science, 1971. p.120)

279) 정책학은 정책철학과 정책과학의 내용적 결합으로서, 정책적 결정은 합리적 결정(rational decision)과 정치적 결정(political decision)으로 구성된다.

280) 정책목표의 개념은, “정책을 통하여 달성하고자 하는 소망스러운 상태(Etzinoni, 1964)” 내지는 “현재는 존재하지 않으나 정책을 통하여 미래에 있어서 발생하도록 하고자 하는 상태(Warner, 1967)”으로 정리된다.

또는 “목표와 가치 그리고 실재를 포함하고 있는 고안된 계획”이라고 정의한다.<sup>281)</sup> 또는 정책을 “바람직한 사회상태를 이룩하려는 정책목표와 이를 달성하기 위해 필요한 정책수단에 대하여 권위 있는 정부기관이 공식적으로 결정할 기본방침<sup>282)</sup>”으로 정리할 수도 있을 것이다.

이러한 정책의 문제해결 및 목표지향적 성격은, 통상적으로 법이 ‘당위’의 영역이고 정책은 현존 ‘사실’의 문제라고 하여 양자를 이원적으로 이해하는 틀을 가져오기도 한다.<sup>283)</sup> 하지만, “정치와 정책이 있으면 반드시 법이 뒤따르게 되는” 형식으로 법은 정책의 규범적 근거를 제공함과 동시에 한계를 설정하고 있다<sup>284)</sup>. 예컨대 다음과 같이 손해배상 제도에

281) 라스웰(Lasswell)의 제자인 드로호(Dror) 역시 정책을 “정부 기관에 의하여 결정된 미래의 활동지침(1983)“이자 “공식적인 목표로 최선의 수단에 의한 공익의 달성”이라고 정리한 바 있다. (Dror, Yehezke, "New Advances in Public Policy Teaching," Journal of Policy Analysis and Management, 2(3), 1983)

282) 노화준, 정책학원론, 2014, p.35

283) 최송화, 법과 정책에 관한 연구, pp.84-85

“법과 정책에 대한 개념적 관계를 생각해 볼 때, 또 한 가지 문제될 만한, 있을 수 있는 주장은, 법은 Sollen의 세계에 있고 정책은 Sein의 세계에 있으므로 양자 사이에 교류되어지는 현상은 법적 현상으로서 다루어질 수 없다는 논리이다.

이러한 존재/당위 이원론의 입장은 물론 납득할 만한 타당성의 기반을 가지고 있다. 그러나 그 의미는 보다 분명히 해둘 필요가 있는 것 같다. 즉, 당위명제는 존재에서 도출될 수 없고 보다 높은 당위에서 나올 수 있을 뿐이라는 것은 세계가 없어도 “해야 한다” ‘해서는 안 된다’라고 하는 당위명제가 존재할 수 있다는 의미는 아닐 것이다. 세계가 없을 지라도 당위의식은 존재할 수 있겠지만 규범으로 주어질 수 있는 당위명제의 세계라는 존재가 없는 처지에 무슨 의미가 있을 것인가? 물론 당위가 존재에서 추출되지는 않지만 존재에 당위의식이 작용하지 않을 때 당위의식 자체의 존재에도 불구하고 당위명제는 성립할 수 없을 것이다. 즉, 존재에 당위의식이 작용할 때 비로소 어떤 당위명제가 존재의 격률로서 탄생되어진다는 것이다.

이와 같은 논의는 법과 사회적 현실 간의 관계에서도 타당할 것이다. 현실에서 막바로 법규범이 도출된다는 것은 누구도 인정하기 곤란할 것이다. 그러나 어떤 주어진 현실에 모종의 삶의 결단 또는 의지(당위의식)가 부딪힐 때 구체적인 생존의 격률로서 법규범이 탄생하는 것이다. 즉 ‘사실상 무엇이 행해지고 있다는 현실’에 ‘삶의 결단 또는 의지’가 작용하게 되면 여기에서 비로소 ‘무엇이 어떻게 행해져야 할 것’이라는 당위명제(삶의 법칙 또는 격률)’가 탄생한다는 것이다. (...) 정책은 결코 Sein의 세계에만 관계되어 있는 것이 아니라 오히려 Sollen의 세계의 형성에 결정적인 역할을 하는 것으로서 Sollen의 세계의 온전한 이해와 운용을 위해서, Sollen의 세계의 관점에서도 반드시 고찰해야 할 필요성이 있고 또한 그 고찰의 정당성도 충분히 인정될 수 있다는 논리가 성립될 수 있는 것이다.”

284) 박정훈, 환경법상 기본원칙들의 법이론적 분석: 법적 성격과 방법론적 기능을 중심으로, p.2

“이는 근본적으로 ‘정치와 법’의 관계에 관한 문제로서, 정치와 법은 서로 분리되어

있어서 법과 정책은 분리하기 어려운 성격을 가지고 있다.

손실보상적 이론 구성이 선호되는 것은 사법적으로는 과실의 입증이 어렵기 때문에 손실보상적 이론 구성을 하기도 하지만, 행정의 정책대응적 입장에서 적절한 대응이라고 판단된다. 즉, 손실보상적 이론 구성을 하는 것은 과거의 손실 전보라고 하는 점에서는 회고적(backward looking)인 법적 판단이지만(이 점은 손해배상의 이론구조와 같다), 예방접종사고의 경우 집단적 피해가 많고, 집단적 피해의 경우에는 피해구제를 위한 제도적 보호막의 창설이라고 하는 형태의 전향적(forward looking)이 행정·정책적 대응을 유도하기 때문이다. 전향적 대응은 분배적 원리를 충실히 반영할 수 있는 대응방법이다<sup>285)</sup>.

하지만 법적 결단과 정책적 결정의 차이가 무엇인지에 관하여 상술함으로써 법과 정책의 관계를 보다 정확하게 파악할 필요가 있다. 법과 정책에 관한 논의는 다양하게 전개되어 이를 일시에 소개하는 것은 어려운 일이나, 국내외 대표적인 논의를 다음과 같이 정리함으로써 법정정책의 속성에 관한 이해의 수월성을 도울 수 있을 것이다.

## 2. 현대사회의 법규범

법원의 정책결정자로서의 역할은, 현대 법규범의 성격이 자원배분 규범으로서의 성격을 지님으로 인하여 더욱 강화된다.<sup>286)</sup> 법원의 정책적

---

연결될 수 없는 영역이라고 하는 것과 다름없다. 그러나 정치(정책)는 구체적으로 법의 모습을 어떻게 형성할 것인가에 관한 결단 내지 결정의 과정이고, 법은 일차적으로 그 정치적 결단과 정책적 결정에 법적 한계를 부과함과 동시에 이차적으로는 구체적인 정책적 결정을 규범화함으로써 향후의 정책결정에 규범적 방향을 제시하는 역할을 한다. 말하자면, 정치와 정책이 있으면 반드시 법이 뒤따르게 되는 것이다.”

285) 이호용, 법해석과 법정정책의 관계, p.80

286) 강동욱, “법정책학의 의의와 과제”, pp. 275-276

“일반적으로 법률의 고전적 이미지는 민법·형법으로 대표되는 것처럼 사람과 사람 간의 권리·의무를 정하고, 권리침해에 대해서는 구제를 하고, 의무위반에 대해서는 제재를 가한다는 것이었다. 그러나 오늘날 사회발달에 수반하여 국가나 공공단체가 해야 할 일정한 정책목표를 달성하기 위하여 필요한 자원의 조달·배분에 관한 계획·절차를 정한 기술적인 법률이거나 또는 법원에 의한 권리·의무의

사고에 대한 요청은 현대사회의 특성을 감안하면 더욱 커진다<sup>287)</sup>. 따라서 법원의 판단 과정을 이해하기 위해서는 법원의 정책적 사고에 관한 분석이 필요하다<sup>288)</sup>.

현대 사회의 법을 관찰할 때, 성격의 두드러진 변화가 관찰된다. 이에 따라 다음처럼 법규범의 적합한 해석을 위해서는 ‘효율’이나 ‘목적 달성’ 등의 정책적 사고가 한층 더 요청된다고 할 수 있다.

법규범은 종래의 권리·의무 확정적인 성격에서 탈피하여 임무부여적·문제 해결적 성격을 강하게 띠고 있다. 그런데 이러한 성격을 가진 법규범의 정립과 그 해석에 있어서는 전통법학에서 고수하는 ‘정의’라는 가치뿐만이 아니고 ‘효율’이나 ‘목적달성’이라는 가치도 반영될 것이 필요하게 된다.<sup>289)</sup>

히라이 요시오는 법의 현대적 특질에 관한 분석을 통해 법정책학의 의의를 강조하였다. 히라이 요시오는 소송, 제정법, 법률가의 세 가지 측면

---

판단을 제1차적으로 예정하고 있지 않은 법률이 대폭 등장하게 되었다. 이러한 자원배분규범의 입법에서는 기존의 권리·의무규범에 있어서 법기술의 응용 또는 그것과의 적합성에의 배려라고 하는 것과 같은 전통적인 법률학의 기술도 중요하지만 그것과 더불어 일정한 목적을 달성하기 위하여 최소한 자원을 어떻게 배분하는 것이 효율적인가라고 하는 경제학적·경영학적·공학적 이론 내지 기술을 이해하면서 그것을 입법으로 매개하기 위한 이론과 기법이 요구되었다. 따라서 입법에 종사하는 자에게도 자원배분규범을 창출하기 위한 입법기술을 체득할 것이 요구되었고, 이러한 자원배분규범을 어떻게 설계하는가에 관한 이론은 제정법상의 이론뿐만 아니라 다수인의 이해에 영향을 주는 조직을 통제하는 곳에서 조직의 의사결정에 있어서도 필요하게 되었다.”

287) 최송화, 법과 정책에 관한 연구, p.88

“종래의 법학적 도그마틱(Dogmatik)에 있어서는 주어진 가치판단과 주어진 질서 하에서의 ‘체계적 사고’가 중심이 되어 왔기 때문에 오늘날과 같이 사회현상이 동태적이면서 다양하고, 국가 활동이 종래의 도그마틱에 의해 파악할 수 있는 것보다도 훨씬 넓은 효과를 가지고 있는 현실 하에서 계속적으로 ‘문제적 사고’를 요구하는 정책의 관점을 수용할 수 있는 여지가 별로 없다.”

288) 법적 결정이 곧 사회정치적, 정책적 결정이기도 함은 헌법재판소의 대통령 탄핵소추 판결, 병역거부 대체복무 인정 여부에 대한 결정 등에서 확인 가능하다. 그러나 헌법재판소의 위상과 그 결정의 속성 자체가 사회정책적인 성격을 강하게 내포할 수밖에 없다. 이 글은 법원의 ‘정책적 판단’을 분석하기 위하여, 헌법재판소가 아니라 일반 법원에서 ‘정책적’ 결정을 내리는 경우를 대상으로 글을 진행한다.

289) 최송화, 법과 정책에 관한 연구, p.81

에서 현재 사회의 변화를 정리하였다. 히라이가 분석한 현대 사회의 특성은, ①정책지향형 소송의 등장(소송), ②권리·의무 규범에서 자원배분 규범으로 변화하는 법의 성격(법규범), ③법률가의 역할이 분쟁해결 과정에서 도움을 제공하는 소송 전문가이기보다는 계획 실현을 법적으로 검토하고 교섭에 의하여 분쟁을 미리 예방하고 해결하는 역할을 한다는 것(법률가)이다. 히라이의 분석 중, 법규범이 자원배분 규범으로 변모하고 있다는 내용과 법률가의 역할이 입안단계에서의 계획검토와 분쟁예방이라는 점도 중요하나, 소송의 성격 변화에 대한 분석이 지니는 의의가 더욱 두드러진다.

기존의 소송처럼 분쟁을 해결하기 위한 소송이 아니라, ‘정책지향형’이라는 새로운 유형의 소송은, 한정된 소송 당사자를 대상으로 하는 기존의 분쟁지향형 소송과 비교할 때, 정책지향형 소송은 사회 전반에 넓고 깊은 영향을 미치는 소송<sup>290)</sup>이기에 사회 구성원 모두를 위한 정책으로서의 성격을 지닌다. 정책지향형 소송은 다수의 잠재적 당사자의 이해를 결정하는 소송이기 때문에, 해당 사건에서 결정을 내리는 법관은 ‘올바른’ 제도 내지는 ‘바람직한’ 정책을 재판의 기준으로 삼아야 한다<sup>291)</sup>. 따라서 정책지향형 소송에서 법관은 ‘올바른’ 정책 내지는 ‘바람직한’ 제도

290) 히라이 요시오, 現代法律學の課題, 24頁

291) 이호용, 법해석과 법정책의 관계, p.77-79

“정책지향형 소송은 재판이 갖는 정책적 효과를 기준으로 다음 두 가지 유형으로 구분할 수 있다. 그 중 하나는 판결 그 자체에 정책적 효과가 있는 경우이고, 나머지는 판결이나 결정으로부터 직접 정책적 효과를 기대하는 것이 아니라 소송을 제기하는 것이나 법정에서 변론하고 다투는 소송과정으로부터 사실상의 정치적, 정책적 효과가 발생하는 경우이다. 두 번째 유형은 정책의 형성·변경 프로세스를 위하여 재판제도를 하나의 포럼으로 이용하는 경우이며, 이것은 행정·입법 기능이 점차 제 구실을 하지 못하는 상황 속에서 행정·입법에 보충적 기능을 하는 현대적 소송의 중요한 기능 중 하나이다. 왜냐하면 정책지향형 소송은 기존의 정책이나 제도에 대한 비판의 장(場)으로서 또는 정책형성과정에서 참가의 장(場)으로서 설정되기도 하기 때문이다.

(…) 집단소송형이나 잠재당사자형 소송은 소송 자체가 전통적인 이론구조 속에서 행해진다는 점에서 시장 메커니즘과 같지만 판결이 갖는 정책적 효과는 시장 메커니즘형보다 직접적이다. 실제로 정책지향형 소송 중에는 집단소송형이나 잠재당사자형 소송이 가장 많다. 그것은 고전적인 법해석의 방법을 취하면서 거기에 정책적 고려가 개입한 것이라는 점에서 법해석으로부터 법정책으로 법의 중심이 이동하는 흐름 속에서 파악되는 전형적인 소송유형이라 할 수 있다.”



를 구상하고 선택·판단하는 ‘정책결정자’의 역할을 수행하게 된다.<sup>292)</sup>

법원의 ‘정책형성’ 기능은 입법과 행정의 차원에서 이루어지는 가치와 이익의 조정·배분이 불충분하기에 한층 더 요청된다. 입법과 행정 과정에서 가치·이익의 재조정에 불만을 가진 사람들이 법원이 보다 만족스러운 재조정을 해주기를 바라며 이전과는 다른 성격의 사법작용을 주문하고 있기 때문이다.

“재판의 본래적 기능은 기왕에 발생한 구체적 분쟁을 사후적·개별적으로 해결하여, 궁극적으로 권리의 실현이나 구제에 이바지하는데 있다. 그러나 현대의 급격한 사회적·경제적 상황의 변화, 가치관이나 이해관심의 분열 및 다원화 그리고 가치·이익의 배분이나 대립상황 또는 정치적·사회적 세력관계의 유동·복잡화 현상은 앞에서 지적한 바대로 동태적인 법이론에 대한 필요성을 제고시키고 있고 나아가 판결 등의 사법작용에 대해서도 전과 다른 기능 수행을 요청하고 있다. 즉, 현대의 동태적 사회상황 하에서는 가치·이익의 조정·배분은 계속적인 재조정이 요구되는데 이러한 재조정은 입법·행정 차원에서 이루어지는 것이 원칙이지만 입법·행정 차원에서 이루어지는 조정을 만족스럽게 생각하지 못하는 사람들은 이러한 문제를 법원에 가져오게 된다. 그러나 이러한 문제는 본질적으로 정치적·정책적 문제의 성격을 띤 분쟁이 법적 문제로서 법원에서 다루어질 경우, 재판에 기대되는 역할은 단순히 기존의 법원칙에 준거하여 구체적 분쟁을 사후적·개별적으로 해결하고 피해를 법적으로 구제하는 것에 그치는 것이 아니라 바로 입법·행정 차원에서 기대할 수 없는 권리구제적 의미를 가진 정책형성의 보충적 역할을 수행할 것에 이르게 된다.<sup>293)</sup>”

하지만 유의해야 하는 점은 법원의 정책형성 기능은 불가피하지만, 그 자체로 이상적인 것은 아니라는 점이다. 헌법적 설계에서 바라볼 때 법원의 기능은 의회가 설계한 법률을 통한 분쟁의 해결이다. 법원의 민주

292) 히라이 요시오, 法政策學, 6-7頁

293) 최송화, “법과 정책에 관한 연구: 시론적 고찰”, pp.87-88

적 대표성 결여는 법원의 정책형성 기능을 비판하는 주된 논거가 되며, 이보다도 더욱 취약한 점은 무엇보다도 법원의 정치적 책임성(political responsibility) 부족이 그 이유이다. 법원은 사회적으로 영향을 미치는 판결을 내림에도 불구하고, 법원에 대한 정치적 책임을 묻지는 않는다. 이는 결정의 권한을 과도하게 누림에 반하여 그에 상응하는 책임이 주어지지 않기 때문에 문제가 된다.

### 3. 법정책의 의미

법정책의 정확한 의미에 관해서 아직 보편적인 개념 정의는 없다. 다만, 법과 정책이라는 구성요소 양자를 강조하여, ‘법학에 대한 정책적 접근’ 혹은 ‘정책에 대한 법적 통제’로 이해하거나(최송화), ‘법학적 측면에서 법의 정책적 측면에 초점’을 두는 경우와 ‘정책학적 측면에서 법현상에 접근’하는 경우(홍준형)로 이해하는 방식이 수용되고 있다. 하지만 개념 정의의 개방성 혹은 불완전성에도 불구하고 법정책학은 일반 정책학과 구분된다. 법정책에 관한 연구는 일반 정책학에서 법을 단순한 정책수단 내지 정책의 결과물로 접근함에 비하여 보다 종합적인 이해방식을 취하며<sup>294)</sup>, 연구의 방법에서도 차이가 존재한다.<sup>295)</sup>

또한 기존의 법학과 법정책학을 비교할 때<sup>296)</sup>, 법정책학은 경험적 연

294) 강동욱, 법정책학의 기본문제, p.33

“즉, 정책학에 있어서 ‘법’은 주로 정책을 실현하기 위한 수단이나 정책결정의 산물로서만 고려되는데 반해, 법정책학에서는 ‘법’을 사회과학적 인식의 대상으로 삼아 정책의 제도적 연구, 정책결정이 이루어지는 과정인 동시에 정책과정의 산물로서 파악한다.”

295) 노기호, 법정책학의 학문적 성격과 연구방법, p.59

“법정책학이 법에 대한 정책학적 접근 내지 분석이라고 하여 정책학의 연구방법을 그대로 차용하여 쓸 수는 없다. 왜냐하면 법정책에는 법이라는 정태적이고 규범적인 요소가 내포되어 있다는 점이 정책학과는 다르기 때문이다. 따라서 법정책학의 연구에 있어서는 정책학적 연구방법 이외의 다른 사회과학적 방법들을 원용할 수 있을 것이다.”

296) 예컨대 법철학과 법정책학의 연구 대상과 방법을 비교할 수 있겠다. 드워킨에 따르면, ‘법의 근거(the grounds of law)’에 집중하는 것이 법철학이며, ‘법의 효력(the force of law)’의 문제를 다루는 것은 정치철학의 일이지 법철학의 일은 아

구방법을 강조한 ‘법에 관한 경험과학<sup>297)</sup>’의 속성을 지니고 있다. 현대 사회에서 법의 두드러진 성격에서 많은 변화가 감지된다. 보다 차별화된 연구 방법이 요청되고 있다<sup>298)</sup>. 법정책에 관한 연구는 다음과 같이 정리 가능할 것이다.

“법정책학은 법과 정책, 법정책에 관련된 문제해결을 위한 처방적 학문으로서 넓은 의미의 법학의 다른 분야와 구별된다. 즉, 법정책학은 문제해결에 관심을 갖는 실용성<sup>299)</sup>을 특징으로 하고, 제도에 대한 관심을 그 내용으로 하고 있으며, 법에 관한 사회과학적 접근뿐만 아니라 전통적인 법학의 연구방법론과 성과들을 법사실로서 고려한다는 점에서 학제간 연구가 필요한 독특한 학문으로서 성격을 가지게 된다.<sup>300)</sup>”

법정책학은, “법 목적의 실현을 위한 가장 유효하고 효율적인 법 기

---

니라고 하였다. 그러나 법정책학은 법의 효력에 관한 연구를 포함하여, 정치학 및 사회학 등의 다양한 접근방식을 활용하여 법에 관한 경험적 연구를 진행한다.

297) 노기호, 전제서(주294), p.51

“법정책학은 정치과정 속에서 정책으로서의 법의 영향 내지 작용을 연구대상으로 하며, 법정책의 결정과정 속에 존재하는 일반적인 원칙(discipline)을 밝혀내는 것을 과제로 삼는다. 한편 법정책학은 그 방법에 있어서 경험적(empirical) 방법에 의거한다. 경험적 방법이란, 경험에 근거하여 여러 사실을 관찰하고, 관찰된 사실을 정리하여 경험적 사실의 상호관계에 관하여 가설을 결정하며, 이를 다시 경험적 사실에 의해 검증하여 일정한 법칙을 발견해 가는 것을 말한다. 이와 같이 경험적 방법에 의거한다는 법에서 법정책학은 ‘법에 관한 경험과학’이라고 할 수 있고, 법현상에 관한 경험과학의 하나라는 점에서 그 밖의 경험과학적 접근(법사회학, 법인류학, 법심리학, 법경제학 등)과 성격을 같이 한다.

298) 최송화, 법과 정책에 관한 연구, p.81

“‘정책’은 이미 우리 헌법의 여러 조문에서도 수차 등장하고 있으며, 정책, 시책, 방침 등의 용어를 사용하면서 정책의 수립과 집행임무, 국가의 정책과 지방자치단체의 정책 간의 관계, 절차 등에 관하여 규정하고 있는 국가정책 내지 행정정책에 관한 법률의 입법을 통하여 실정법상의 용어가 되었을 뿐 아니라 실제로 법제정과 법해석 및 법집행의 전 과정과 관계를 가지고 있는 정책의 문제는 지금까지 법학이 축적해 온 기본적인 법정신이나 해석원리만으로는 부족한 프랙티컬(practical)한 법학적 대응이 요청된다.”

299) 실용성에 대한 강조는 여러 학자의 글에서 공통적으로 관찰된다.

“미국에서의 법과 정책의 논의는 어떠한 연역적 논리와 도그마틱에 근거한 것이 아니라 법 이론의 자연적인 흐름에 따라 발전해 온 것이기 때문에 법과 정책 간의 관계 설정이나 개념적 구조에 대한 규명에서 출발하지 않고 실제적인 분석에서의 문제해결 논의의 방향성을 가지고 있다고 한다.” (최송화, 법과 정책에 관한 연구, 1985, p.83)

300) 강동욱, 법정책학의 의의와 과제, p. 271

술의 체계를 과학적으로 탐구하기 위해 법률학 자체의 한계를 극복<sup>301)</sup> 하는 것으로 이해하는 경우도 있는 반면, 히라이 요시오<sup>302)</sup>는 법정책을 법제도 설계이론 내지 설계기법으로 이해한다. 히라이에 따르면, 법정책학은 “우리 사회의 공공문제를 파악하고, 이를 해결하기 위한 목표를 설정하며, 그 목표를 달성하기 위한 법적 수단, 즉 법제도, 규칙 또는 절차를 설계하는 작업을 연구”하는 학문이다. 그는 “의사결정이론을 법적으로 재구성하여 현재 사회의 실정법체계와 관련짓고, 법제도 또는 법규칙의 체계를 설계하여 현재 사회가 직면하고 있는 공공적 내지 사회적 문제를 관리·해결하기 위한 제반의 방안을 제공하는 일반적인 이론 내지 기법<sup>303)</sup>”이라고 법정책학을 정의한다.

이처럼 아직 법정책 내지 법정책학에 관한 설명은 아직 형성의 과정 도중에 있는 동태적 대상에 관한 설명을 시도함으로써 확정적이기 어려운 성격을 내포한다. 법원의 정책적 판단은 “법규범의 실현이 보다 광범위한 합리성을 가질 수 있도록 하는데 그 목적이” 있다<sup>304)</sup>. 법정책에 관한 이러한 검토는 법원의 법형성 판결을 보다 거시적인 관점에서 검토할 필요가 있게 한다. 법형성 판결은 법정책적 결정이라는 측면에서 분석할 때, 법원이 보다 정당화된 결정에 도달하려는 모색이라고 이해된다.

#### 4. 법정책적 접근의 특성

법정책학은 법학의 하위 분야로서 법의 ‘규범적 현존(現存)’을 무시하

301) 강동욱, 법정책학의 기본문제 : 법정책학의 의의와 과제, 2014, p.4

302) 히라이 요시오는 “전통적인 법학에서는 법 제도를 어떻게 설계하여야 할 것인가 하는 발상은 해석론의 범위 내에서 행해지는 경우도 있을 수 있으나 원칙적으로 생기지 않는다(히라이 요시오, 1995, p.9)”라고 하면서 법정책학의 의의를 설명하였다.

303) 히라이 요시오, 법정책학, 5頁

304) 최송화, 법과 정책에 관한 연구, p.86

“정책은 궁극적으로는 어떤 공공적 목표를 지향하는 것으로서 법해석론 또는 입법론에서 이러한 정책론적 관점을 도입하고자 하는 것은 바로 법규범에 함축되어 있는 각종 정책적 요소가 그 목표를 달성할 수 있도록 함으로써 법규범의 실현이 보다 광범위한 합리성을 가질 수 있도록 하는데 그 목적이 있다.”

고 정책적 고려에 근거해서만 판단을 내릴 수는 없다. 법정책은 법원의 판단이 기초적으로 법해석에 근거하되, 법해석으로 해결되지 않는 부분, 제약이 존재하는 부분에서는 정책적 사고가 보충적으로 동원됨을 의미한다<sup>305)</sup>. 법해석에 의해서는 타당한 결정을 내리기 어려운 경우, 정책학적 사고의 도움을 받는 것으로 이해되어야 한다.

법정책적 사고는 이처럼 ①미래지향적이고 ②목표지향적인 성격을 지니고 있다. 법정책적 고려에 입각한 판결은 단순한 연역적 추론이 아니라 정책적 지향점을 반영하고 있는 것이다.

법정책은 정책 일반의 성격을 공유하기 때문에, 현존하는 법에 관한 비판적 검토를 수반한다. 법정책은 “당위적으로 존재하는 규범의 틀에서 현실해석이 아니라 있는 현실에 대한 인정과 그것의 개선방향을 정리하는 것이다.”<sup>306)</sup> 우리나라 법제에서 ‘정책’은 특정 분야의 ‘목표’를 지향하는 성격을 지니고 있다<sup>307)</sup>. 일반의 정책과 법정책은 구분 가능하다.<sup>308)</sup>

305) 강동욱(2014), 법정책학의 의의와 과제, p. 281

“다만, 법규범의 해석에 있어서 그 규범적 현존을 무시하고 정책적 고려를 남용하는 것은 법학의 학문적 존재 자체를 위협하는 요인이 될 수 있을 뿐만 아니라 법질서의 불가결한 요구의 하나인 법적 안정성과 예측가능성을 침해함으로써 사회적으로 부당한 결과를 낳을 수 있다. 따라서 전통적 법학의 인식론적 전제로서의 법규범의 객관적 존재와 그에 따른 해석론적 제약과 함께 내에서 전통적 법학의 개념적 법학적 접근만으로는 사회적 타당성을 지닌 처방을 내릴 수 없는 경우에만 정책학적 문제 이해의 도움을 받아야 하는 것으로 제한되어야 한다.”

306) 남복현(2002), 법정책의 규율형태, pp. 108-109

307) 예컨대 우리나라 현행 헌법에는 ‘정책’이라는 표현이 총 14번 등장한다. 법률명칭에 ‘정책’이 들어간 법률로는, 대표적으로 고용정책기본법, 환경정책기본법, 물류정책기본법이 있다. 이 외에 법률명칭에 ‘정책’이 들어간 법령은 기관 내지 위원회의 명칭 자체에 ‘정책’이라는 표현이 들어간 기관이나 위원회·협의회를 규율하는 법령들(국회예산정책처법, 사법정책연구원 운영규칙, 정책보좌관의 설치 및 운영에 관한 규정 등)이다.

308) 법정책이 일반 정책과 구분되는 이유 중 하나는 그 연구의 대상이 사회현상 전반이 아니라 법현상이라는 것이다. 예컨대 환경정책 하위 세부분야로서 환경법정책이 존재한다. 하지만 현대사회에서 환경정책과 환경법정책의 영역 차이는 크지 않다. 대부분의 정책은 법의 형식으로 집행되거나 법의 규범적 지위까지는 얻지 않더라도 법과 연계되어 집행된다. 하지만 법과 정책 양자의 개념은 엄연히 구분되는 개념이다.

또 하나 법정책의 고유 특성은 정책수단(instrument; tool)으로서 법이라는 비자발적 정책순응(政策順應) 수단을 사용한다는 것이다. 정책학의 가장 기본적인 정의는 ‘사회문제에 대한 최선의 답을 제공하는 학문’이다. 최선의 답을 찾아서 제

입법부의 규범화 작업 역시 법정정책적 결정이나, 사법부의 법정정책 결정은 보다 제한된 대상과 의제에 관한 것이다. 법정정책학을 입법정책으로 단순하게 환원시킬 수는 없다. 본 연구에서 다루는 ‘법정정책’은 입법부의 법정정책이 아니라 사법부의 법정정책이기 때문에 판결의 제공이라는 더욱 한정적인 수단만을 가지며, 정책적 의제의 선택 또한 자유롭지 못하다.

학문의 ‘문제 지향적(problem-oriented)’인 성격은 일반 정책학이든 법정정책학이든 함께 공유하는 속성이다. 그러나 문제를 해결하기 위한 판단의 준거와 방식에서 법정정책학은 일반 정책학과 다르다고 할 것이다. 법정정책적 결정이 일반적인 정책적 결정과는 다른 이유는 판단의 준거 및 방법론의 차이라고 할 수 있다. 일반 정책학과 법정정책학의 차이는 문제에 접근하는 방식이 미래지향적인지 아니면 회고적인지 여부, 혹은 적극적인 ‘목표’를 설정하느냐 여부이다.

법정정책적 결정을 상기 정의한 바와 같이, ‘사회적·정책적 요소를 고려’하여 문제사안에 보다 합당한 결론을 도출하는 경우라고 할 때, \_법정정책적 결정이 아무리 적극적인 성격을 지니고 있다 하더라도 그러한 결정에는 달성하고자 하는 바람직한 상태에 대한 청사진으로서의 정책목표 등이 존재하지는 않는다. 다만, 법정정책적 결정을 통해서 사회의 법질서를 보다 바람직한 상태로 형성하고 법원의 결정에 대한 사회적 수용성을 높이는 것이 ‘암묵적’인 목표일 수는 있으나, 이를 미래지향적인 활동 지침으로서 자리매김하는 정책학의 ‘정책목표’와는 동일하다 할 수 없을 것이

---

공하기 위하여 정책학에서는 문제의 특성과 그 맥락에 적합한 ‘정책도구(policy instrument)’를 선택하는 정책도구론이 중요한 위상을 차지하고 있다. 정책도구는 행위주체의 자발성 여부에 따라 두 가지로 양분된다. 문제의 해결·개선을 위하여 행위 변경을 가져오는 수단, 다시 말하여 정책순응 기제가 자발적인가 아니면 비자발적인가에 따라서 정책도구(=정책수단)이 구분된다. 따라서 정책도구는 강제적 수단과 비강제적 수단으로 정리 가능하다. 법정정책은 ①자유권 및 재산권의 제한과 박탈이라는 강제적 정책수단을 사용하거나, 또한 강제적(coercive) 수준에 이르지 않는 보조금, 분담금, 세금, 과징금, 과태료, 이행강제금 등과 같이 경제적 유인책 및 불이익을 사용한다. 시민의식이나 도덕심, 사람들의 마음을 움직이는 가치 등에 호소하기도 하는 자발적인 정책도구(캠페인 등)와는 다르다. 법정정책은 그 선택·활용 도구(instrument)의 속성으로 인하여 비자발적 정책순응(policy compliance)이 일어나는 분야이다.

다.

법원의 범형성 판결은 법의 내부 논리에 충실한 연역적 결정만이 아니라, 논증의 과정에서 그와 함께 정책적 고려가 반영된 결정이다. 법원은 난제를 해결함에 있어서 순수하게 법논리만 동원해서 사안을 해결하는 것도 아니고, 그렇다고 관련법을 도외시하고 정책적 판단만 내리는 것도 아니다<sup>309)</sup>.

---

309) 이호용, 법해석과 법정책의 관계, p.79

“그런데 법관은 어느 정도의 정책적 판단을 요구받게 되는 것일까? 법관은 정책적 판단을 하더라도 그것은 어디까지나 해석론의 정당화 근거로서 하는 정책적 고려라는 점에 유의해야 한다.”

## 제2항 자연법의 정책적 사고

### 1. 사회적 인공물로서의 자연

올바른 법은 외재적으로 주어져 있고 그것이 발견되는 것이라는 고전적 관념이 현대에도 여전히 복류(伏流)한다. 법은 창조되는 것이 아니라 발견되는 것이기 때문에 판단에 있어서 법형성 판결은 아직 발견되지 못한 진리를 발견한 것이라는 관념이다. 하지만 정의(正義)는 인간사회 '외부'에 존재하는 것이 아니라, 인간사회에서 축조(築造)하는 개념이다. '자연법'은 보편화 가능한 - 보다 엄밀하게는 사회적으로 일정한 수준 이상의 수용이 가능한 - 일반적 믿음 체계라고 보는 것이 보다 더 현실에 근접한다. 자연법에서 말하는 '자연'의 개념, 응당 그러해야 하는 정의로운 상태라는 '자연'의 개념은 사실상 다의적이고 가변성을 지닌 개념이다. 어떠한 것이 '자연스럽다'는 것은, 선험적인 것이 아니라 사회적 환경과 맥락에 따라서 달라질 수 있기 때문이다. 다시 말하여, 자연법은 사회와 시대에 따라서 조형과 구성이 달라질 수 있는 인공물(artifact)이다.

벨첼이 다음의 인용구문에서 명확하게 지적한 것처럼, 자연법의 '자연'은 매우 상이한 다른 내용을 일컫는 내용이다. 자연법론의 핵심적 기능과 사명은 '자연'이 무엇이나에 있는 것이 아니라, 실정법에 대한 비판과 대안 모색에 있다. 즉, 중요한 것은 '자연'이 아니라, 자연에 대한 믿음에 근거하여 현행 실정법에 대한 비판적 인식과 그 대안을 모색하는 실천력이다.

“여러 번 사라졌다 항상 다시 시작되어 2,500년간 지속되어온 자연법론의 실질적 정의의 모색의 노력에서 남는 것은 무엇인가? 자연법론의 실질적 정의의 모색의 노력에서 남는 것은 무엇인가? 자연법론이란 한 시대의 사회윤리적 이상을 때로는 혁명적으로 전개시켰고, 때로는 방어적으로 보호했던 하나의 역사적 현상인가? 혹은 법에 대해 말할 때마다 항상 염두에 두는 시대 초월적 요소를 지니고 있는가? 이러한 의문을 가지고 자연법의 변화무쌍



한 역사를 조망해보면, 우리는 남아있는 것을 자연법이라는 단어의 앞부분에서가 아니라 뒷부분에서 찾아야 한다는 것을 깨닫게 된다. 자연법이라는 말의 앞부분, 즉 ‘자연’은 매우 상이한 내용들에 대한 공통된 명칭임이 밝혀졌다. 기만적인 공통된 이름하에 서로 다른 것, 대립되는 것, 변화하는 것이 감추어져 있다. 모두에게 공통되는 것과 남아있는 것은 이 단어의 뒷부분인 법이라는 관념뿐이다. ‘자연법’, 그것은 법의 정당성의 문제, 사실상 존재하는 사회질서의 정당성의 문제인 것이다. 사람들이 자연법 하에서 무엇이든 자기가 원하는 바대로 이해했을지라도, 항상 그 속에는 법은, 단순히 존재하는 권력이 명하는 바와 동일하지 않다는 생각이 흐르고 있는 것이다.<sup>310)</sup>

자연법에서 ‘자연’이 등장하는 것은 주장의 정당성 기반을 마련하기 위해서이다. 우리나라 여러 판결에서 자주 등장하는 ‘공평과 정의의 관념’을 두고 서로 상이한 주장을 전개하는 것 역시 가까운 예가 될 것이다. 이는 첨예한 이해관계가 얽혀 있는 문제의 사안에서 승패를 결정하는 잣대가 되지만 - 여타 기구와 비교할 때 상대적으로 균질적인 구성원으로 조직된 - 법원 내에서도 상이한 입장을 가지게 하고, 어떠한 의견이 다수의견인가에 따라서 사안의 향배가 결정된다.

자연법의 핵심은 자연법의 절대성·불변성이 아니라, 법이 되기 위해서는 입법자의 의지만으로는 충분하지 않고 다른 근거가 존재한다는 것이며, 인간의 본성 역시 그 자체로 완결된 것이 아니라 변화하고 성장하는 것으로 이해하고 있다. 자연법에서 ‘자연’의 개념은, “점차로 자라는 어떤 것을 의미”하며 역사적 가변성이 인정된다.<sup>311)</sup>

이처럼 자연법의 ‘자연’ 개념은 변화의 개념을 내포한다. 더욱 발전하고 더욱 보편화 가능한 법규범은, 보다 합리적이기 위해서 부단히 노력하는 인간 사회가 성취한 결과물이다. 법이 표연히 홀로 존재하는 것이 아니라 사회의 변화와 발전이 그에 투영되었다. 이러한 점에서 법은 사회의 정의 관념을 드러내는 지표(指標, indicator)라고 할 수 있다. 일례

310) 벨첼(2002), 자연법과 실질적 정의, p.333

311) 박은정(2007), 자연법의 문제들, 2007, p.187

로, 노예제 등의 폐지는 자연법에 반하는 실정법이 교정된 것이라기보다는, 사회의 발전이 실정법의 내용에 반영된 것이다. 사회적 지지가 특정한 방향을 가리키는 범규범을 자연법으로 만든다. 사회 내에서 일정한 규모(critical mass) 이상의 공감대를 이루고, 그것이 사회적 합의에 영향을 미칠 수 있으면 그것이 자연법이다.

노예제가 자연법에 반(反)한다는 것은, 다시 말해서 노예제 유지와 대치되는 ‘인간의 존엄성’을 보증하는 자연법이 존재한다는 ‘사실’은 노예제의 부당함에 대한 비판이 사회적으로 일정한 수준 이상에 도달함으로써 인하여 자연법‘으로서’ 공표(公表)되었다. 자연법의 ‘발견’은 사회·정치적 사실이다. 보편화 가능성과 지속가능성이 담보되는 설득력 있는 가치체계가 사회적 지지를 얻고 정치적으로 일정한 수준 이상의 세력을 얻은 연후에야, ‘인간의 존엄성’은 자연법의 내용으로서 공표되고 발견된다. 즉, 자연법은 인간 사회가 그간 이룩한 도덕적 성취이다.

## 2. 자연법의 법원리와 정책적 사고

살핀 바와 같이, 자연법적 사고는 범규범의 현존상태에 대한 ‘비판적 사유방식’이자 ‘실천 철학’으로서의 성격을 지닌다. 비판적 사고에 기한 실천적 사고인 자연법적 사고는 곧 정책적 사고를 의미한다. 정책적 사고는 다음과 같이 의지적 결단의 소산으로서, 다시 말해 유의주의 성격의 사고로서 이해되기 때문에, 자연법적 사고와 정책적 사고 사이에는 거리가 존재하는 것으로 생각하는 경향이 있다.

“법과 정책의 개념적 관계를 구명함에 있어서는 우선 세계관에 있어서 주지주의적 사고방식에 의할 것인가, 유의주의적 사고방식에 의할 것인가에 따라 그 방향성이 달라질 수 있다는 점이 문제시된다. (...) 유의주의적 성향을 가진 측에서는 ‘구체화되지 않았을 뿐이지 이미 인간세계에 소여로서 주어진, 그리하여 인간의 합리적인 노력으로 찾아질 수 있는 규범’을 애써 발견하려는 노력보다는 ‘결단으로서의 규범’을 강조하게 된

다. 이런 입장에서는 ‘법은 정책의 표현’이라는 측면이 보다 강하게 부각될 것이다. 반면에 주지주의적 성향을 가진 측에서는 ‘사물의 본성’에 대한 끊임없는 탐구를 통해 인식되어야 할 규범이 어떤 결단에 의해 만들어진다고 하는 유의주의적 개념에 반발할 것이며, 규범은 지성적 주체에 의해 만들어지는 것이 아니라 이미 주어진 당위적 소여를 잘 해석하고 연구함으로써 발견되어진다는 측면을 강조하게 될 것이다.<sup>312)</sup>”

그러나 자연법적 사고는 이미 인간의 이성이 어떠해야 한다는 일정한 판단을 내린 이후에 본유적 이성을 강조함으로써 의지적 특성이 드러나지 않는 것이지 사회 및 현행법에 대한 비판의 태도는 유의적 성격을 지니고 있다. 따라서 자연법적 사고는 주지주의라는 외피 밑에 유의주의 내면을 가지고 있는 정책적 사고라고 할 수 있다. 다시 말하여, 주지주의 외피와 유의주의 내면을 지닌 자연법의 ‘법원리’가 활용되는 결정은 법정 정책적 결정이다.

자연법이론은 사회의 현행 실정법에 대한 평가를 하는 실천철학적 측면을 가지고 있다. 자연법의 우월성과 장점은 ‘실천적 사고’이자 ‘비판적 사고’에서 발휘된다. 현행 법규범 상태에 대한 불만과 비판은 ‘응당 그러해야 하는’ 자연법을 회구하게 만든다. 자연법의 실천적 이성에 따라 현실의 불만족스러움에 대처하려는 사고는, 기성(既成)의 숨겨진 자연법의 정답을 찾는다는 표제 하에, 가장 정의롭다고 평가할 수 있는 새로운 대안을 모색한다. 자연법 개념은 권력자와 위정자의 자의성을 비판하고 그에 대항하는 수단으로서 발전하여 왔다. 이는 자연법이 “실정법을 비판하는 혁명적 기능”과 “실정법을 변화시키는 실천적 기능”을 담당하여 왔음을 의미한다.<sup>313)</sup>

그런데 자연법의 비판적 사고는, “실정법을 변화시키는 실천적 기능”까지 수행하는 사고, 곧 정책적 사고이다. 현행 실정법의 변화와 발전을 촉구하는 비판적 사고가 자연법의 핵심적 내용이다. 정책의 본질은 현상

312) 최송화(1985), 법과 정책에 관한 연구, pp.83-84

313) 박은정(2007), 자연법의 문제들, 세창출판사, 2007, p.11

에 대한 비판적 분석과 그에 대한 실천적 처방이다. 정책적 사고는 현실의 문제를 인지하고 그에 대한 적합한 대처 및 해결 방안을 모색하는 사고이다. 자연법은 사회의 실정법에 대한 비판적 평가와 대안 모색을 위하여 활용된다. 다음과 같은 벨첼의 지적처럼, 자연법론은 공격과 방어의 투쟁수단으로서 ‘이데올로기적’ 사고이다.

“자연에 의거한다는 것은 투쟁수단, 공격과 방어의 무기를 얻는다는 것이다. 이는 사회·윤리적 현존재 설계에 아무런 새로운 실질적 근거를 부여해 주지는 않으면서, 투쟁의 구호로서 자기진영의 승리에 대한 확신을 강화하고 적수의 저항의지를 흔들리게 하려는 것이다. 그러한 한에서 모든 자연법론은 ‘이데올로기적’이다.<sup>314)</sup>”

가치 내지 이데올로기가 내재된 자연법주의 관점에서 현존 법규범에 대한 비판과 불만은 강력한 추동력(推動力)을 가진다. 자연법은 ‘올바른 판단’의 기초가 되는 자연법 원리를 회구하는 건전한 비판력과 함께, 부정의한 상황을 타개하기 위한 이데올로기적 실천력을 지닌다.

---

314) 벨첼(2002), 자연법과 실질적 정의, p.341

### 제3항 법원리와 법정책의 관계

#### 1. 법원리와 법정책의 관계

법정책학은 법원의 결정(legal decision-making)을 분석하고 고찰함으로써 보다 탁월한 법적 결정을 도출하는 방안을 모색한다. 법원은 법에 의해서 판결해야 하지만, 법의 공백 혹은 침묵과 마주하는 경우에는 주어진 사안에 대한 일정한 결정을 도출하기 위해서 법정책적 사고를 한다.

법원리와 법정책은 구분되는 개념이다. 하지만 그 발생의 연원에 있어서는 뿌리를 공유한다.<sup>315)</sup> 법원리의 비교(weighing)와 형량(balancing)은 정책적 성격이 두드러지는 사고방식이다. 법원은 그간 실제로는 ‘법정책적’ 고려를 통해서 판결을 내린 경우에도 그 근거로서 ‘법원리’를 거명하는 경우가 많았다. 국민 일반의 법감정과 사회의 변화상 등 정책적 이유에서 판결을 하는 법정책적 판결을 내릴 때 법원은 법원리에 의거하여 사안에 적합한 판단을 내린다는 전략을 취한다. 즉 적합한 사안규범을 형성함에 있어서 법원리가 적극적으로 활용되는 판결은 법정책적 판결이라고 이해 가능하다.

물론, 법원리를 활용한 논증을 정책적 사고와 동일한 것으로 보는 것에는 비판이 가능하다. 드워킨의 정리에 의하면, 법원리(principle)와 정

---

315) 일정 빈도 이상으로 반복되는 유형의 문제사안에 대처함에 있어서 합리적이고 타당한 결정을 내리기 위한 것이라는 점에서 그러하다. 법원리가 외부에서 ‘주어진’ 것이 아니라, 정치경제생활을 영위하기 위한 사회 구성원들의 요청에 가장 부합하는 것이다. 법원리는 장기간 수많은 시행과 검토가 누적되고 그를 통해서 타당성과 효과성이 검증된 정책적 기준이 사회의 보편적 지지를 얻어서 법원리로서의 지위를 가지게 된 것이라고 이해한다. 예컨대 21세기 현재의 시점을 기준으로 법원리와 정책적 고려는 분명하게 구분되지만, 현재의 법원리가 ‘법원리’로 자리매김하게 된 것은 장기간에 걸친 검증이 있었기 때문이다. 대부분 법원리는 그 출발부터 법원리의 위상에서 시작한 것이 아니라, 정책적 판단과 그에 따른 결정이 장기간 축적되고 긍정적으로 평가받아 법원리로서 수용되게 된 것이라고 이해한다.

책(policy)의 관계는 흡사 물과 기름의 관계와 같다. 히라이 요시오가 ‘정의’와 ‘효율’로 표현한 사고의 틀과 드워킨의 법원리와 정책의 관계가 유사한 구조를 지닌다고 본다.

원리 논변(principle argument)과 정책 논변(policy argument)의 구분은 넓게 수용되고 있는 사유방식으로서, 이를 개인의 권리에 기한 논변과 사회의 이익에 관한 논변으로 이해하기도 한다<sup>316)</sup>. 드워킨은 원리(principle)에 의거한 주장(claim)과 정책(policy)에 의거한 주장을 구분하였다. 비슷한 맥락에서 히라이 요시오는 법정책학의 사고방식을 ‘목적-수단’ 사고방식과 ‘법-정의’ 사고방식 두 가지로 구분하였다. 옳고 그름을 따지는 법적 사고방식과는 달리, 정책적 사고방식은 ‘목적-수단’ 사고방식이라는 점을 대비시켰다.<sup>317)</sup>

[표 4-1 : 드워킨과 히라이 요시오의 논증 구분방식]

드워킨	원리에 의한 논증	정책적 논증
히라이 요시오	옳고 그름(정의)에 의한 판단	목적-수단의 판단

그러나 정책은 가치지향적 속성을 분명히 가지고 있으므로 정책히 단순히 효율성의 극대화를 중심에 두었다는 것은 정책의 일면에만 과하게 치우친 단견이라고 할 수 있다.

“정책은 합리성과 효율성의 산물이면서, 동시에 정치성과 권력성의 산물이기도 하다. 따라서 정책학은 본래 합리성과 정치성의 양면적인 성격을 띠고

316) 권영준, “민법학, 개인과 공동체, 그리고 법원”, 2015, p.1442, 각주 113

“영미 법철학계에서는 이러한 원리논변(principle argument)과 정책논변(policy argument)을 잘 구별하여 왔다. 독일에서의 법적 논변(rechtlichen Argumenten)과 법정책적 논변(rechtpolitischen Argumenten)의 구별도 이와 유사한 것이다. 전자는 개인의 권리를 중심으로 이루어지는 논변이고, 후자는 공동체 전체의 집단적 이익을 중심으로 이루어지는 논변이다.

317) 히라이 요시오, 法政策學, 15頁 및 44頁

있다. (...) 따라서 정책분석론 역시 합리적인 정책수단에 대한 분석능력 제고라는 본래 목적에 더하여 정책문제를 합리적으로 해결하기 위한 민주적 가치와 절차적 타당성이라는 측면을 분석하는 비중이 과소평가되어서는 안 될 것이다.<sup>318)</sup>”

또한 법원리와 정책의 의미를 드워킨이나 히라이처럼 새긴다고 하더라도, 양자의 관계를 완전히 분리·단절된 것으로 이해하기 보다는 사안에 따라서는 정도(degree)의 차이로 이해될 수 있는 경우도 현실 사안에서 자주 관찰할 수 있다. 일정 빈도 이상으로 반복되는 유형의 주요 문제 사안에 대처함에 있어서 합리적이고 타당한 결정을 내리기 위한 기준이라는 점에서 그러하다.

법정책(legal policy)과 법원리(legal principle)는 현 시점에서는 양자가 구분되나 그 발생의 연원에서 공통된 개념으로 이해된다. 즉, “법원리는 법정책과 그 연원을 같이 하지만, 사회 안에서 ‘장기간에 걸쳐 검증’된 법정책”이라고 접근 가능하다. 법원리와 법정책 양자의 개념적 구분함에 있어서 단순히 시간의 장단(長短)이 결정적인 것은 비록 아니지만, ①장기간에 걸쳐서 ② 사회의제로서 논의·검토되고(노출빈도), ③그 내용적 합의에 관하여 보편화 가능성이 인정되는 법정책을 법원리라고 이해된다. 법원리 혹은 법정책을 발생 연원에서부터 시간적으로 추적하여 종적 관점에서 쫓아가면 ‘상호변환’과 ‘치환’의 가능성을 확인할 수 있다<sup>319)</sup>.

다시 말해, 법정책이 ‘보편화 가능성’의 관점에서 진화하여 법원리의 위상을 얻게 된, ‘위상의 차이’라고 이해할 수 있다. 그리고 이러한 위상

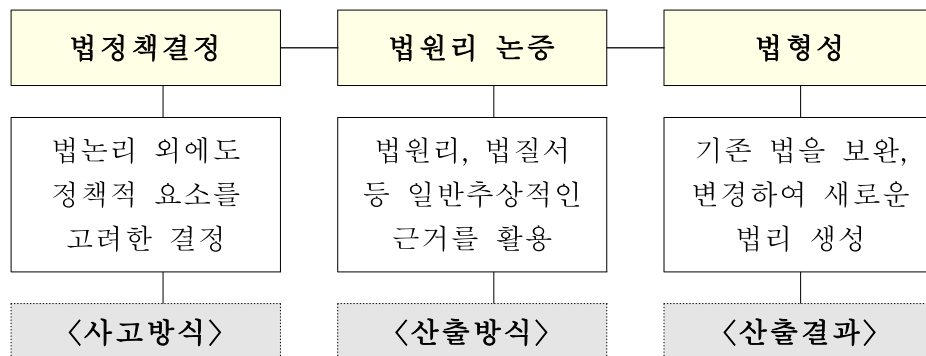
---

318) 권기현, 정책분석론, 2010, p.5

319) 예컨대 재판 폭증을 이유로 원고의 소구를 기각하는 것은 정책적 판단이다. 그리고 이를 법원리로 표현하자면, ‘사적자치의 원칙’ 혹은 ‘계약자유에 대한 존중 원칙’ 내지는 ‘행정재량에 대한 존중’ 등으로 표현할 수 있을 것이다. 사적자치 내지는 계약자유에 대한 존중은 사법 소극주의와 궤를 같이 하며, 사법 소극주의는 법원 스스로의 기관적 역량에 대한 평가와 재판이 사회적으로 전달할 함의 등에 관한 숙고 등이 그 배경이 된다. 즉, ‘정책적’ 판단이지만 동시에 그 내용에 부합하는 ‘법원리’로 표현할 수 있다. 법원리를 근거로 하는 결정이 실상은 법정책적 사고에 기인하는 것이 가능하다.

의 차이를 가시적으로 관찰할 수 있는 것이 환경법 분야로서, 환경법의 지속가능발전 원칙, 사전배려 원칙, 오염원인자 원칙 등이 국제 환경정책에서 국내법의 내용으로 편입되고 위상을 확보해가는 과정이다.

[표 4-2: 법정정책과 법원리, 법형성]



법원리는 외부에서 ‘주어진’ 당연하고 자명한 것이 아니라, 시행착오를 거쳐서 정립된 원칙이다. 법원리는 장기간 수많은 시행과 검토가 누적되고 그를 통해서 타당성과 효과성이 검증된 정책적 기준이 사회의 보편적 지지를 얻어서 법원리로서의 지위를 가지게 된 것이라고 이해한다. 현재 우리가 ‘보편적’이라고 혹은 ‘보편화 가능하다’고 여기는 법원리는 사회정치·경제생활을 영위하기 위한 사회 구성원들의 요청에 가장 부합하는 내용의 것들이다.

현재 시점을 기준으로 법원리와 정책적 고려는 분명하게 구분되지만, 현재의 법원리가 ‘법원리’로 자리매김하게 된 것은 장기간에 걸친 검증과 사회적 합의가 있었기 때문이다. 법원리는 그 출발에서부터 법원리의 위상(位相)에서 시작한 것이 아니라, 정책적 판단과 그에 따른 결정이 장기간 축적되고 사회적으로 긍정적 평가를 받아 법원리로서 수용되게 된 것이다. 예컨대, ‘인간의 생명은 존엄하며 동등한 가치를 지닌다’라는 법원리는 지금 사회에서는 누구도 도전하기 어려운 당연한 보편명제로서의 지위를 누리지만, 역사적 과정을 관찰하면 사회정치 체제가 장기간에 발



전하는 과정에서 법원리의 지위를 취득한 것이다. 과거에는 ‘인간’의 범주에 서로 다른 이해가 있었거나, ‘존엄성’이나 ‘동등성’이 인정받지 못하였다. 생명권에 대한 발전 외에도 개인 재산권에 대한 사회적 존중 역시 정책적 고려가 법원리 지위를 취득하게 된 것이라고 봄이 적합하다<sup>320)</sup>.

## 2. 법원리와 법정책의 기능

법원리와 정책은 엄연하게 다르지만, ‘기능’의 측면에서 분명 연계되는 측면이 있다. 법원리는 낱낱의 법률과 구분되는 전체 법질서와 그에 내재된 도덕적 가치를 지시함으로써, 정책적 사고와 연계된다. 두 개념은 분명히 독립적인 별개의 개념임은 확실히 해야 하지만, 법원리가 논증에 사용되는 경우 법원의 정책적 사고와 연계되기에 양자가 실제 작용에 있어서 긴밀히 이어지는 부분이 있다.

다만 기본권과 연계되는 법원리는 단순히 정책적 관점에서 접근할 수는 없다. 하지만 완전히 양자를 완전히 같은 것으로 환치하기는 어렵다. 발생 연원에서 공통된다고 하더라도 ‘보편화 가능성’과 ‘사회적 수용’의 차원에서 엄연한 차이가 존재하며 이는 일반 수범자의 관점에서 볼 때 양적인 차이라기보다는 질적인 차이로 받아들여진다. 양자의 차이가 ‘질적’인 차이로 이해되는 가장 큰 이유는 ‘권리(權利)’ 개념 때문이다. 법원리는 기본권과 연계됨으로써, 포기하거나 변경될 수 없다. 기본권 부정으로 나아갈 우려가 있기 때문이다.

따라서 필요한 경우 변경·재조정될 수 있는 정책과 비교할 때, 더욱

---

320) 가장 대표적인 예로서, ‘당신이 다른 이에게 기대하는 그대로의 행동을 다른 이에게 하라’는 칸트의 황금률은 당연히 수용되는 원리이기도 하지만, 합리적 정책이기도 하다. 남에게 대접받기를 원하는 것처럼 남을 대하라는 황금률은 quid-pro-quo 혹은 tit-for-tat 전략이 가장 성공적인 게임전략으로 판명되었다는 Robert Axelord의 실험(The Evolution of Cooperation, 1984) 결과와 발생연원을 같이 한다. 즉, ①장기간에 걸쳐서 ② 사회의제로서 논의·검토되고(노출빈도), ③ 그 내용적 합의에 관하여 보편화 가능성이 인정되는 법정책을 법원리라고 접근하는 것도 가능하다.

확고한 지위와 위상을 가지고 있다. 즉, 발생연원에서는 공유하는 속성이 분명 존재하지만, 그를 변경하려는 소극적 작용이 가능한가의 측면에서 볼 때 양자의 위상은 질적으로 다르다. 실체적 권리로서 제도적 인정을 받는 경우에는 해당 원칙을 언제든지 정책의 차원으로 변환가능하다는 관점에서 접근할 수 없다. 기본권 개념의 확립과 연계된 법원리는 법정책과 환치할 수 없다. 하지만 신생 법규 분야에서는 법원리와 법정책을 환치함에 무리가 없다고 본다<sup>321)</sup>.

드워킨은 법관이 정책논변이 아니라 원리논변에 의거하여 재판을 해야 한다고 주장하였다. 그 이유는, 소급효 등을 이유로 한 예측가능성과 수범자의 권리 보호였다. 즉, 정책논변이 예측불가능성을 증대시키고 법적 안정성을 해칠 수 있다고 이해하였기 때문이다.

하지만 재판이 법원리에 근거하는 경우이건, 정책에 근거하는 경우이건 법원이 법규칙의 확정적 지시와는 다른 결정을 내렸다는 사실은 달라지지 않는다. 해당 사안에서 법원의 판결이 기존의 안정화된 결과에서 벗어난다는 점에서 예측가능성이 수범자의 이익·불이익 측면에서 차별화된 부분이 없다. 드워킨의 주장과는 달리, 법원리 논증을 하더라도 수범자에게 특별한 보호가 더해지지는 않는다.

법정책이 아니라 법원리에 의한 논증을 하더라도 법적 안정성이 해쳐진다는 것에서는 동일한 결과가 발생한다. 법원의 결정이, 그 근거를 법원리건 법정책이건 간에 분쟁 사안의 당사자에게 실질적인 차이는 없다. 또한 해당 판결을 관찰하는 일반 수범자에게 법원이 특정한 내용의 사안규범을 제공함으로써, 비슷한 유형의 사안에 관한 규범적 판단의 방향성을 제시한다는 점에 있어서도 법원리에 근거한 판결과 법정책적 판단의 차이는 크지 않다<sup>322)</sup>.

---

321) 예컨대 ‘환경보호의 원칙’과 ‘환경보호정책’은 쉽게 환치될 수 있다. 이른바 ‘효율성’이 법정책 내지 법경제학을 상징하는 것으로, ‘정의와 가치’가 법원리를 대표하는 것으로 이해하는 이분법적 접근방식을 취하는 경우가 많다. 하지만 이러한 대조적 방식에 잘 부합하는 경우가 일부 있지만 그러한 예가 법정책과 법원리 전체를 대변하는 것이라고 생각하지 않는다.

322) 판결을 일종의 규범적 신호(signal)로 받아들이고 행위준거로서 참고하는 일반

#### 4. 법원리와 법정책, 사법재량

법원의 범형성 논증에서 법원리가 활용되는 경우 이는 어떠한 의미를 지니고 있는가? 법원은 문제 해결을 위하여 법원리의 이름으로 법체계 외부의 논거를 활용한다<sup>323)</sup>. 순수한 법적 논거 외에도 사회·정책적 요소들이 고려되므로 이러한 법원의 판단은 정책적 판단이라고 할 수 있다. 법원리가 근거로서 활용된 판결에서 ‘법원리’가 수행하는 기능을 살펴보면 정책적인 측면을 가지고 있다.

법해석과 범형성으로 대별되는 논증의 구성방식에서 판단할 때, 양자 모두 범형성 논증으로서 배제적 실증주의 입장에서 어느 정도 일원화 가능하다. 원리와 정책이 판결의 논변에 등장하는 방식 및 구체적 범명제의 효력 발생을 제어하면서 법 현실에 적용하는 방식에 있어서 양자의 ‘실질’은 엄격한 차이를 보인다고 하기 어렵다<sup>324)</sup>.

“법원 및 행정부의 행위에 영향을 미치는 원리들 중 상당수는 재량 원리(principles of discretion)이다. 그러한 원리들은 사법재량의 부존재를 증명하는 것과는 거리가 멀다. [오히려] 법의 유연함(flexibility)을 증대시키고 환경과 여론의 변화에 마주하는(meet) 상시적 개선 과정을 위하여 사법재량 및 행정재량을 행사한다는 측면에서 법 정책(legal policy)을 명백하게 드러낸다.”<sup>325)</sup>

---

인들에게 A라는 유형의 사안에서는  $\alpha$ 라는 규범을 따른다는 사실만이 중요하다. 만약 A 사안에서  $\alpha$ 가  $\beta$ 로 변경된다고 하더라도 그 이유가 법원리적 숙고에 의한 것인지 범정책적 견지에서의 재검토 요청에 의한 것인지는 알기 어렵다.

323) 드워킨은 법원은 사법재량이 아닌 ‘법원리’에 기대어 판결해야 한다고 주장한다. 하지만 드워킨이 말하는, 하드 케이스를 해결해주는 것은 법원리가 실체는 사법재량이 아닌가 하는 의문이 제기될 수 있다. 법실증주의는 확정적 법규칙들이 문제사안에서 일정한 내용의 결정을 확정하지 못하는 경우, 법원의 사법재량으로 문제를 해결하자는 입장이다.

324) 또한 ‘원리’와 ‘정책’은 사회적 구성원들로부터 일정한 수준 이상의 지지를 얻어야만 한다는 점에서 - 비록, 효율과 정의가 같을 수는 없고 그에 대한 사회적 지지의 의미와 성격이 다르지만- 양자는 같은 맥락에 있다.

325) Raz, Legal Principles and the Limits of Law, p.847

법원의 논증이 어떠한 방식을 취하는지에 관한 논의는 사법재량과 연결된다. 법원리를 활용한 범형성 논증은 사법재량과 긴밀하게 연결된다. 법원리를 활용하여 실정법을 넘어서는 판결을 내리는 과정에서 법원은 정책적 사고를 하게 되고, 사법 재량(judicial discretion)을 행사한다. 상기 라즈(Raz)의 분석에 따르면, 법원리는 재량의 행사를 통해 법의 유연성을 증진하고 사회 환경과 여론의 변화를 항상적으로 검토할 수 있게 하는 기능을 수행한다.

“모든 실정법은 하트가 말한 것처럼 열린 구조를 갖는다. (...) 실정법의 “열려진 영역”이라고 말할 수 있는데 이러한 열려진 영역은 다소간 차이는 있을 수 있지만 모든 법체계에 존재하는 영역이다. 열려진 영역에 해당하는 사안은 “불확실한 사안”이라고 부를 것이다.

실증주의 이론의 관점에서 (...) 실정법의 열려진 영역에서는 그 개념정의에 따라 실정법에 근거하여 판결이 내려질 수 없다. 왜냐하면 실정법에 근거하여 결정을 내릴 수 있다고 한다면 열려진 영역에서 있다고 할 수 없기 때문이다. 따라서 실정법만이 법이므로 법관은 열려진 영역에서, 즉 불확실한 사안에서 비법적(nichtrechtliche) 또는 법외적(法外的; außerrechtliche) 기준에 따라 판결을 내려야만 한다. 그러므로 법관은 실정법에 의해 입법자와 원칙적으로 동일한 방식으로 법외적 기준에 근거하여 새로운 법을 창설할 수 있는 권한을 부여받게 된다. (...) 이에 반해서 원칙의 논거는 다음과 같이 주장한다. 법관은 실정법, 즉 제정되고 실효성을 가진 법의 열려진 영역에서도 법적으로 구속된다.<sup>326)</sup>

사안 결정에 있어서 법해석 이외의 논리적 사고과정이 동원되는 경우 사법재량의 필요성이 강조된다. 법해석(狹義)의 범주를 넘어서는 논증은 현행 성문법에 규정된 내부 요소를 활용하는 연역적 추론이 아니라, 현행법 체계 외부의 내용을 고려한 논증 작업이 이루어지는 경우이다. “비

---

326) 로버트 알렉시 著, 이준일 譯, 법의 개념과 효력, 2007, pp.103-105

법적(非法的) 요소를 근거로 하는 사법 판단은 무엇을 근거로 삼을지가 법관에게 맡겨져<sup>327)</sup>” 있다.

법원리, 유비추론, 법 목적에 따른 제한 내지 확장과 같은 논리적 사고의 틀이 있으나, 법원이 어떠한 기준에 의하여 논증을 진행하고 판단을 내릴 것인지 선택이 열려 있다. 따라서 이러한 경우에 법원의 문제사안의 제반 요소를 전체적으로 고려하여 법원이 가장 적합하고 타당하다고 생각하는 결정을 내리게 된다.

사법재량은 법규범의 추상성·불확정성 구분에 의하여 좀 더 정확한 발동의 요건을 가늠할 수 있다. 그 자체로 명확한 의미 확인이 가능한, 자명한 법률(per se rules)이 아니면, 사법재량이 요청된다. 법규범이 추상적일수록, 그 내용이 불확정적일수록 사법재량이 행사될 이유 및 실제적 가능성이 커진다.<sup>328)</sup>

법원리와 사법재량은 밀접한 관계를 맺고 있다. 법관의 논증작업에서 법원리가 소환되는 경우는 결과적으로 사법재량이 발휘되는 경우이다.

## 5. 법원리의 고유영역

법원리와 법정책이 발생연원에 있어서 일정 부분을 공유하고 있으며, 내용의 보편화 가능성 및 그에 반응한 사회적 수용 정도의 문제라고 이해될 수 있다. 하지만 ‘기본권’의 개념 등을 함께 검토할 때, 법원리와 법정책 양자를 완전히 같은 것이라고 볼 수는 없다.

법원리와 법정책 양자가 선택가능 대안으로 주어지는 경우, 법원은 판단의 근거로 가급적 ‘법원리’를 활용하려고 한다. 법원리는 정책적 발생연원을 가지지만, 법정책과 구분되는 ‘옳고 그름’에 관한 도덕적 내용을 갖는다. 개인의 권리(權利)와 정의(正義)를 말하는 법원리, 즉, 기본권과 연계되는 법원리는 단순히 정책적 관점에서 접근할 수는 없다. 하지만

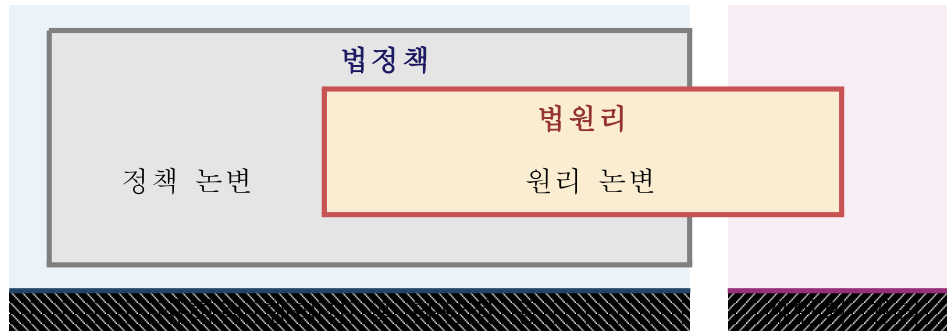
---

327) 김혁기: 법해석에 의한 모호성 제거의 불가능성, 2009, p.128

328) Schauer, Thinking like a lawyer, p.190

완전히 양자를 완전히 같은 것으로 환치하기는 어렵다. 발생 연원에서 공통된다고 하더라도 ‘보편화 가능성’과 ‘사회적 수용’의 차원에서 엄연한 차이가 존재하며 이는 일반 수범자의 관점에서 볼 때 양적인 차이라기보다는 질적인 차이로 받아들여진다.

〈 그림 4-1: 법원리와 법정책의 개념 영역 〉



양자의 차이가 ‘질적’인 차이로 이해되는 가장 큰 이유는 ‘권리(權利)’ 개념 때문이다. 법원리는 기본권과 연계됨으로써, 포기하거나 변경될 수 없다. 기본권 부정으로 나아갈 우려가 있기 때문이다.

즉, 개인의 권리와 연계되는 법원리는, 단순히 사회 전체의 합리적 효용이나 이익을 다지는 법정책과는 위상을 달리 하게 된다. 따라서 필요한 경우 변경·재조정될 수 있는 정책과 비교할 때, 법원리는 더욱 확고한 지위와 위상을 가지고 있다. 즉, 발생연원에서는 공유하는 속성이 분명 존재하지만, 그를 변경하려는 소극적 작용이 가능한가의 측면에서 볼 때 양자의 위상은 질적으로 다르다. 실체적 권리로서 제도적 인정을 받는 경우에는 해당 원칙을 언제든지 정책의 차원으로 변환가능하다는 관점에서 접근할 수 없다.

## 제 3 절 법원의 정책적 판단

### 제1항 법형성 판결에 대한 평가

#### 1. 법형성 비판의 이유

##### 가. 법원의 역량

법원의 논증 과정에서 현행 실정법 외의 요소가 논거로서 반영된다는 것, 다시 말하여, 법원의 판결이 곧 실정법이 확고하게 가리키는 지시사항이라 정리하기에는 곤란한 경우도 존재한다는 사실은, 사법부의 위상에 질문을 던진다. 대의기구인 입법기관에서 제정되는 법률에 의거해 법률의 ‘해석’기구인 사법부의 연역적 논증으로만 문제를 해결한다는 현실과 괴리가 있다.

어려운 사안에 적합한 해결책을 모색하기 위하여 법원은 연역적 방식 이외의 논증을 취할 수 있다. 아이젠버그(Eisenberg)는 보통법의 논증(common law reasoning) 방식을 설명함에 있어서, 논거를 사회적 명제(social proposition<sup>329</sup>)와 법리적(doctrinal proposition) 명제 두 종류로 구분한다<sup>330</sup>. 그러나 법원의 기관적 역량을 비교·분석한 아이젠버그(Eisenberg)의 비판에 의하면, 사법부는 결정에 있어서 재량 영역을 최소화해야 한다. 그 이유는 입법부 및 행정부와 비교하였을 때, 기관의 구조적 설계와 배정된 예산과 인력, 업무처리 방식 등 기관의 역량에서 차이가 있기 때문이다. 사법부와 입법부의 구별은 당해 기관이 사회에서 수행하는 기능(social function), 구조(structure), 그리고 공정성(fairness)

---

329) 아이젠버그(Eisenberg)에 의하면 ‘사회적 명제’란, 법리적 명제를 제외한 여타의 법 명제로서 도덕성, 정책 경험, 법감정, 도덕 가치, 실무 관행, 정책, 경험명제 등을 모두 일컫는다.

330) Melvin Aron Eisenberg, The Nature of Common Law, 1988

의 차이에서 비롯된다<sup>331</sup>). 사회 전체와 직접적으로 소통(responsive)하도록 설계되어 있는 기관인 의회에 비하여, 법원은 분쟁 사안의 당사자들과 소통하게 설계되어 있는 등 아이젠버그에 따르면 법원이 범규범의 실질적 내용을 형성하는 결정을 내리는 것이 부적합한 이유는 여러 측면에서 찾을 수 있다<sup>332</sup>). 사법부의 권한과 기능의 한계를 지적하며 사법부의 신중한 자세를 주문하는 아이젠버그의 주장과 비슷한 맥락에서 버물(Vermeule)은 사법 자체의 필요성을 사법부가 동원 가능한 자원 및 조직의 역량에 관한 실증적 자료를 인용하며 주장한다<sup>333</sup>).

331) Eisenberg, *The Nature of Common Law*, 1988, pp.9-10

“구성적인 측면에서 살펴보면 입법부는 대의적 기관으로서, 다양한 교육과 경험을 갖춘 다수에 의해 구성된다. 반면 사법부는 대의적 기관이 아니며, 상대적으로 유사한 교육과 경험을 가진 구성원에게 사회 주류의 전통(central tradition)을 따르도록 하는 의무를 부여하는 구조를 갖는다. 입법부는 선거, 로비, 공청 절차에 참여하는 시민사회 전체(citizenry as a whole)에 대하여 직접적으로 반응·소통하도록 설계되어 있는 반면, 사법부는 당해 사법 절차의 사실과 권리에 대한 변론이나 이와 관계된 보고(brief), 자문(commentary)과 같은 일련의 과정에 참여하는 직접 당사자와의 관계에서만 직접적인 소통을 하도록 설계되어 있다. 입법자의 활동은 빈번한 선거과정을 통해 시민으로부터 지속적으로 문책을 받고 그 활동에 대하여 책임을 지며, 대중매체는 연일 보도를 통해 입법자의 활동을 면밀히 점검한다. 반면, 사법부에 대한 책임 추궁은 제한적인 방법으로만 가능하다. 즉, 법관이 재임용을 위해 평가의 대상이 되는 경우, 법관의 전문성이나 결정 자체가 의미를 갖기도 하지만 법관의 결정이 대중매체의 일간 보도에 의해 면밀히 검토되지 않는 않으며 사회적으로 의혹이 제기된 경우에도 법관은 그에 대한 추가적 설명을 하려고 하지는 않는다. 이렇듯 다양한 경험과 교육 배경을 가진 입법부의 구성원들의 면면, 입법부의 대의성(representative concept), 그리고 반응성(responsiveness)과 지속적인 책임추궁 가능성은 입법부에서 형성되는 규범의 주요 부분이 이미 존재하는 사회적 기준으로부터 도출되더라도 그 정통성(legitimacy)을 구비할 수 있게 한다. 또한 대의적 특성이 결여되고 한정적 경험을 한 구성원들로 이루어진 사법부에서 이미 존재하는 사회적 기준에 뿌리를 둔 보통법적 규범을 형성하는 것은 시민사회 일반에 대한 책임성과 반응성이 협소한 상황에서 법 규칙의 정통성을 만들어 나감에 있어서 보충적인 역할을 수행한다.

332) 아이젠버그는 사법부와 입법부를 비교하면서, 사회의 지지(support), 사회 문제에 대한 반응성(responsiveness), 반복가능성(replicability) 측면에서 양 기관은 현격하게 차이를 강조한다.

333) Adrian Vermeule, *Judging under Uncertainty: An institutional Theory of Legal Interpretation*, 2006

“20세기 이래 여타 정부 기관들은 사법부에 비해 급속하게 성장하였다. 1999년 기준, 사법부의 연방 총 예산은 39억 달러(3.9 billion)였으나 집행부의 예산은 중앙정부 기



## 나. 법의 안정성과 예측가능성

사법 재량이 행사되는 판결에 제기되는 문제는 법적 안정성과 수범자의 예측 가능성이다. 예측가능성과 타당성 사이에 긴장 관계가 형성되고 구체적 타당성을 위하여 새로운 판단이 강력하게 요청되는 경우 법원은 정책적 판단을 내린다. 그런데 법의 특징적인 요소들, 다시 말하여 법을 법답게 만드는 요소들은 예측가능성과 확실성이다.

이러한 예측가능성의 관점에서 바라볼 때, 사회적 형평성과 제도의 근본적 취지 내지 공정성에 기한 법원의 법원리를 활용한 정책적 결정에 상당한 비판이 제기될 수 있다. 보통법의 방식은 개를 마구잡이로 때려서 훈련시키는 법(dog law)이라는 벤담의 신랄한 비판<sup>334)</sup>은 이러한 문제와 연관되어 있다. 벤담은 법관들의 예측 불가능한 판결은 독재보다 더 큰 부정의라고 혹독하게 평하면서, 국가가 사법부에 포괄적인 ‘거짓말 허가증(mendacity-licence)’을 주고 있는 상황이라고 비판하였다<sup>335)</sup>.

---

구 예산만 해도 80 billion 달러에 달해 사법부 예산과 비교할 때 21배가 더 많았다. 의회와 백악관, 연방정부 기관들은 - 즉 제도 체제 내에서 집행권한을 담당하고 있는 독립적인 기관들은 - 자원, 예산, 인력, 성과, 그 외의 다른 점들을 따질 때 현재의 규모와 범위 측면에서 사법부의 활동을 초라하게 만든다. 이러한 차이는 사법부가 집행부나 입법부의 판단 및 법령에 구체화된 의회의 결정 중 헌법합치 여부가 문제되는 작은 일부에 대해서조차도 위헌심사를 진행할 자원이나 역량이 결핍되게 만든다.”

334) "Common Law는 어떻게 만들어지는가? 그것은 당신이 자신의 개를 훈련시키는 법을 만드는 것과 같다. 만약 당신의 개가 당신의 마음에 들지 않는 어떤 짓을 하지 못하게 하고 싶은 때, 당신은 그 개가 그 짓을 할 때까지 기다리다가 그 개가 그 짓을 하면 그 개를 때리면 된다. 이것이 바로 재판관들이 당신과 나를 위해 법을 만드는 방법이다. 재판관들은 사람이 무엇을 하지 말아야 하는지에 대하여 알려주려고 하지 않는다. 재판관이 말하기를 그 사람은 하지 말아야 했었던 행위를 할 때까지 그냥 있다가, 그가 그 행위를 했다는 이유로 처벌한다." (Truth versus Ashhurst, in Bowring(1843) vol.V, p.235)

335) "법적 허구를 사용할 수 있는 거짓말 허가증을 통해 심리와 판결의 사법과정을 완전히 사적이고 개별적 성향으로 만들어서 Common Law의 유연성을 획득하려는 것이고, 이는 다시 과도한 기술적이고 조작적인 법언어의 사용으로 인해 사법부의 견해를 공공이 이해하거나 평가할 수 없도록 만들어놓는 결과를 가져온다. 그리고 마치 자연법에 호소하는 것과 마찬가지로, 허구의 기술은 사법 판단에 대한 온전한 공적 정당화를 가져오지 못한다. 결국 재판에 있어서 자의, 편견, 그리

법의 예측가능성과 일관성이 중요함을 강조하는 논자는 많은데, 홈즈(Holmes)는 사법적 소임은 곧 예측가능성(prediction)의 담보를 의미한다고 설파하였다<sup>336)</sup>. 카도조(Cardozo) 역시 법의 본연적 속성을 1차적으로 확실성과 질서로 파악하면서, 안정적 패턴의 관찰을 통한 예측가능성(prediction)의 논리 내지는 확률(probability)의 논리를 강조하였다<sup>337)</sup>.

## 다. 민주적 정당성

무엇보다도 법원의 결정은, 정치적 책임(political responsibility)과 기관의 결정에 대한 구성 일원으로서의 책무성(accountability), 그리고 민주적 정당성(democratic legitimacy) 측면에서 많은 비판이 제기된다. 사법부를 구성하는 법관들이 민주적으로 선출되지 않았으며, 국민에 대한 정치적 책임을 지지 않는다는 점에서 민주적 정당성의 측면에서 취약한 규범 형성자가 된다. 또한 판례법의 속지에 더 많은 전문성이 요구된다는 점 등 공시성의 부족 역시 비판의 이유가 될 수 있다.

사법부에서 실질적으로 법이 ‘형성’되고 ‘변화’되는 과정에서 국민의 묵시적 합의가 실제적 기능을 어느 정도로 행사할지에 관한 설득력이 부족하다면 결국은 그러한 법의 규범력을 인정할 정당성 또한 미흡해지게 된다. 정치적 결정이 사회적 가치를 다양하게 전달하며 합의를 형성할 수 있는 반면<sup>338)</sup>, 법적 결정은 일도양단의 결정만이 가능하기 때문에 사회

---

고 변덕의 문을 활짝 열어놓은 것이라 할 수 있다.” (전게서, p.289)

336) “법원은 그 결정을 통해서 특정한 행위에 어떠한 결과가 수반될 것인지에 관한 예측가능성을 담보해야 담보하는 것이 가장 중요한 의무이다(Holmes, Collected Papers, p.169).”

337) Cardozo는 ‘법의 성장’에서 법의 예측가능성(prediction)을 거듭 강조하는데, 이는 특히, “법의 일률성이 충분히 지켜져서 우리가 법적 문제에 대하여 합리적이고 확실하게 예측할 수 있는 경우에 법이 실제로 존재한다고 말할 수 있다”라는 대목이라든가, “심리적 차원에서, 법이란 무엇보다도 예측가능성의 과학”이라고 하는 언명에서 명약하게 확인된다.

338) 서울지법 남부지원 1999. 2. 25. 선고 98가합15904 판결

“대의제 민주주의 헌법질서 하에서 국회는 그 소속 의원들을 통하여 국민들 사이에 존재하는 다원적 의견과 제반 이익을 입법과정에 공정하게 반영하고 의원들 간의 자

적 문제의 해결수단으로 적합하지 않다는 지적도 존재한다.

하지만, 적어도 “다양한 가치를 그 결정에 얼마나 반영할 수 있는가?”라는 점에서는, 사법과정이 정치과정보다 취약하다. 가치의 문제가 어느 정도로 법적 결정에 친한가 혹은 법적 결정이 상충하는 가치의 문제를 처리하기에 어느 정도 적절한가를 판단하기 위해서는, 법적 결정의 특유한 방식에 관해 살펴볼 필요가 있다. 비유하자면, 정치적 결정이 ‘연속체(continuum) 위에서의 선택’이라고 한다면 법적 결정은 ‘불연속선(line of discontinuity) 위에서의 선택’이라 할 수 있다. (...) 따라서 법적 결정이 불연속적이면 불연속적인 만큼, 가치문제에 대한 해결수단으로서는 부적절하다고 하겠다. 가치는 ‘연속체’로서 존재하기 때문이다<sup>339)</sup>.

민의를 대표하는 기관인 의회와 비교할 때 민주적 측면에서는 물론, 여러 가지 조직적 한계가 존재한다는 것이다. 이에 따르면, 사법부의 역량이 제한적이기 때문에 사법부가 결정할 대상을 가급적 줄여야 하고 사법 재량 역시도 최소화해야 한다는 입장이다.

그렇다면 사법부의 역할은 무엇인가? 어째서 사법부는 조정문제에 관여해서는 안 되는 것인가? 이에 대한 대답은, 조정문제의 성격, 즉 조정의 대상이 된 ‘가치’ 분쟁의 성격에서 찾을 수 있다. 기술한 바와 같이, 사법통치에 있어서 사법부의 정책결정은 ‘국가를 위한 가치판단’이다. 이는 ‘도덕적’ 조정문제 상황으로 비교불능의 가치가 상충하는 만큼 ‘정답’이 있는 문제가 아니다. 이런 상황에서 정치과정에서 한번 내려진 조정의 결과에 대하여 사법부가 재고(second-thought)하여 새로운 내용의 조정을 한다면, 이는 조정이 이루어지기 이전의 상태, 즉 조정이 필요한 상태로 회귀하는 것이 된다. 수범자(受範者)는 ‘권위의 충돌’에 처하게 되어 어느 조정결과를 따라야 할지 알 수 없는 예측불능의 상태에 처하게 되기 때문이다. (...) 따라서 사법부는 정치과정을 통해 이미 이루어진 조정에 개입·간섭하여서는 안 되고, 이를

---

유스러운 토론을 통하여 그것을 조정하며 궁극적으로는 다수결의 원리에 의한 통일적인 국가의사를 형성하는 역할을 부담하는 것이므로 국회의원들에게는 다양한 국민의 의사를 수렴·반영하고 국민 전체의 복지실현을 목표로 (...하략...).”

339) 조홍식, 법에서의 가치와 가치판단, pp.285-286

존중하여야 한다. 그리고 사법부는 ① 조정이 필요하지만 정치부문에서 조정이 이루[어]지지 않은 영역이나 ② 사람들의 가치판단이 일치해 더 이상 조정이 필요 없는 영역에서 자기 역할을 찾아야 한다<sup>340)</sup>.

하지만 입법부의 입법 과정에서도 일반 공동체의 참여와 승인을 통한 법의 정통성 및 규범력 확보라는 측면에서 사회 일반의 참여는 상당한 경우 제한되어 있다. 의회에서 법 규범을 형성하는 과정에 사회 공동체 구성원들이 참여하고, 충분한 검증과 의견 교섭을 통해 법이 형성된다면 이는 정통성을 보장하게 된다. 그러나 사회적 관심이라는 자원은 한정되어 있으며, 해당 입법이 진행되는 과정에 그러한 관심이 충분한 수준 이상으로 투여되는 경우는 몇몇 논쟁이 되는 입법을 제외하고는 극히 드물다. 직접적 이해관계 집단만이 입법 과정에 관심을 가지고 참여하는 경우가 대부분이다. 의회의 규범 제·개정을 통해 사회가 대의제 민주주의의 이념을 재확인하고 그에 안도하는 것을 넘어선다면 의회입법의 의의를 보다 냉정하게 검토해볼 필요가 있다.

## 2. 사법재량의 인정과 법원의 논증책임 강화

민주적 정당성의 기반이 취약하고 조직적 역량 역시 부족하다고 판단되는 법원의 법형성을 비판하는 입장이 있음에 반하여, 그러한 비판은 의회입법의 민주적 정당성에 관한 ‘환상’이 가져온 피상적 비판에 불과하다는 견해도 있다.<sup>341)</sup> 이러한 견해에 따르면 법관의 재량이 일정한 역할

340) 조흥식, “사법통치의 정당성과 한계”, pp.39-40

341) 이회창(1987), “사법의 적극주의”, pp.160-161

“우선 사법입법이 민주적 요소를 결여하였다는 비판론은 그야말로 관념적이고 피상적인 비판이라고 생각된다. 왜냐하면 국민의 대표기능이라고 하는 의회의 입법을 보더라도 민주적 요소란 하나의 환상(幻像)일 뿐이고 통치권과 그 반대세력, 또는 여러 이익단체 사이의 세력분쟁(紛爭)과 타협을 거쳐 형성되는 것으로서, 다수의견과는 것도 따지고 보면 진정한 국민의 다수의견이라기보다도 위와 같은 세력의 일방적 의견이거나 또는 이익단체간의 조정타협(調整妥協)의 산물에 불과한 경우가 많음을 알 수 있기 때문이다. (...) 그러나 나는 대다수의 뜻이 있는 법관이라면 기본권 보장의 문제가 가장 시급한 우리의 현실에 있어서 사법의 적극적 자세가 국민의 기본권을 확고하

을 수행한다는 사실 자체를 부정할 수는 없으며, 사법재량의 행사가 곧 사법의 중립성을 해치는 것은 아니라는 결론에 도착할 수도 있다.

하트(Hart)처럼 법원이 충분한 논리적 숙고를 통해서 사법 재량을 행사하기 때문에 지나친 우려는 불필요하다는 주장도 있다. 법의 존재 태양(態樣)은 언어라는 점에서, 법 언어의 일반·추상성은 법적 불확성의 문제로 이어진다. 법의 본질적·필연적 불확정성을 강조하는 Hart는 사법 재량을 인정해야 함을 주장한다. Hart는 법원의 판결이 철저히 자의적이거나 완벽하게 객관적이라는 이분법적 흑백 논리를 비판하며<sup>342)</sup>, 사법 재량에 대한 뿌리 깊은 불신을 떨칠 필요가 있다고 한다. 법원은 여러 대안 중에서 선택을 할 수 있는 상황, 다시 말하여 사법재량을 행사할 수 있는 경우에도 충분한 논리적 숙고를 통해서 결정을 내린다는 다음과 같은 이유에서이다.

“정해진 법규칙으로부터 연역된 결정으로 볼 수 없는 판결들은 흔히 자의적인 것으로 묘사되어 왔다. 사법과정에 대한 경험적 연구가 무척이나 부족한 상황이기도 하지만, 논리적 연역 아니면 자의적 판결일 뿐이라고 하는 단순한 이분법은 잘못된 것이다. 일반적으로 판사들은 법규칙이 오직 하나의 결론을 정해주지 못하는 경우에 자신의 개인적 선호를 들이밀거나 대안들 중 하나를 그저 맹목적으로 고르지는 않는다. 그리고 ‘선택’과 ‘재량’ 같은 단어나 ‘창조적 활동’과 ‘틈새 입법’과 같은 표현들이 판결을 묘사하는 데 사용될 때, 이런 말들이 의미하는 것은 법원이 판결의 이유를 조탁하는 노력(elaborating reasons for their decision) 없이 자의적으로 판결을 내린다는 것이 아니며, 그 어떠한 법체계도 자의적인 판결을 내릴 권한을 인정하지는 않는다.<sup>343)</sup>”

---

게 보장하고 사법에 대한 신뢰를 확보하는 데에 얼마나 필요하고 긴요한 것인가를 모두 알고 있다고 확신한다.”

342) Hart는 철저히 자의적인 판결을 악몽(nightmare)이라 부르고 법관의 선택 가능성이 배제된 완벽하게 객관적인 판결을 이상(ideal)이라고 하면서, 현실의 판결을 두 극단점의 중간 지점 어딘가에 놓여 있다고 말한다. 즉, 법현실주의자들의 주장과 같은 주관적·자의적 판단이나 법의 유일한 정답을 논변하는 것 모두 현실과는 거리가 있다는 것이다.

343) Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, 1983, p.106

법원이 법적 결정을 도출하는 과정에서 이루어지는 법형성은, 법원이 단순히 ‘법을 말하는 입<sup>344)</sup>’의 위상을 넘어선다는 것을 의미한다. 재량(裁量)의 사전적 의미는, 자기의 생각과 판단에 따라 일을 처리함을 뜻한다. 재량은 무제한의 자유를 의미하지는 않아도, 최소한 선택의 가능성을 내포하며, 인치(人治)를 배격하고 법치(the rule of law)를 강조하는 입장에서 사법 재량을 어떻게 수용할 것인가가 문제된다.<sup>345)</sup> 근대 헌법적 수권에 따른 입법과 사법의 준별에 의하면 법의 제·개정권은 입법부가, 법의 해석과 적용은 사법부가 담당하는 것으로 구분되지만, 관념의 세계를 떠난 법 현실에서는 양자 기관 모두 - 정도의 차이는 있으나 - 법규범 형성 작용을 한다는 점을 부정할 수는 없다. 이는 법원에 당도하는 사건들이 복잡한 면모를 지니고 정형적인 틀을 벗어나는 현대에서만이 아니라 근대 이전의 사회에서도 실상 그러하였다<sup>346)</sup>.

또한 사법재량 영역에 속하는 법원의 결정이라 하더라도, 법률구속 및 선례구속 등에 의해서 일정한 제한이 가해지고 있다. ‘재량’이 허여되어

344) 몽테스키외가 당대의 판택텐 유행에 따라서 판사는 이미 존재하는 법을 구술하는 입으로만 기능해야 한다고 주장하였으나 법 현실과 유리된 내용이다.

345) 안성조, “법적 불확정성과 법의 지배”, p.63

“자유주의 정치철학 하의 ‘법의 지배’와 관련하여 ‘불확정성 논변’은 중요한 의미를 가질 수 있다. 왜냐하면 ‘법의 지배’가 전제하는 ‘형식주의’에 따르면 국가기관들과 시민은 어떠한 행위가 법적으로 규제되는가를 명확히 예측할 수 있어야 하는 바, 만일 법의 해석과 적용이 불확정적이라면, 법은 수범자들에 대한 행위규범으로서의 효력을 상실할 것이고, 결국 ‘법의 지배’라는 정치철학적 이념은 결코 실현될 수 없을 것이기 때문이다. 나아가 국가권력에 의한 법적 강제력의 행사가 정당화되기 위해서는 판결에 정당한 근거가 제시될 것이 요구되는 바, 만일에 법적 불확정성의 근거의 제시가 불확정적이라는 의미로 이해될 수 있다면, 이 역시 자유주의적 ‘법의 지배’ 구상을 심각하게 훼손시킬 수 있기 때문이다.”

346) “의회와 법원의 기능 구별이 역사적으로 길지는 않다. 의회가 오히려 현재의 법원과 비슷한 지위를 점하는 경우도 있었다. 법은 의식적인 입법 활동의 산물이 아니라 고래로부터의 관습을 판결을 통해 확인하는 사법의 산물이라는 보통법(common law) 전통 국가에서는 의회와 법원의 차이가 두드러지지 않았다. 의회 역시 근본법(fundamental law) 내지는 신정법(Divine Law)이 투영된 현실의 법을 발견하고 선언하는 기관으로 인식되었다. 즉, 이러한 국가들에서, “법의 성장에 관한 한 의회는 법 제정(jus dare) 기관이 아닌 법 선언(jus dicere) 기관이었다.” (이동민, “영미법상 판례변경의 법리”, 2012, p.28)”

있다는 것과 온전히 자신의 독단적 의사대로 일을 처리한다는 의미는 아니며, 재량이 주어진 전문가 직군의 사람들이 판단을 내릴 때는 직업적인 의무(professional duty)를 충실하게 따르려고 한다.<sup>347)</sup> 재량의 의미는 재량이 부여된 기관의 ‘목적’을 살펴봄으로써, 즉, 특정 기구에 재량이 부여된 이유를 검토함으로써 관찰할 수도 있다. 사법부에 재량이 부여된 이유는 법의 ‘확인’을 위해서이다. 사법재량은 법을 확인하고 선언하는 기구로서 사법재량의 ‘목적적 한계’가 존재한다고 할 수 있다.

재량을 그 행사 기관에 따라서 구분하면, 의회의 입법재량, 행정부의 행정재량, 법원의 사법재량으로 나눌 수 있다. 이 중에서 가장 신중하게 접근해야 하는 것이 사법재량(judicial discretion)이다. 법원의 본질은 법을 확인하고 해석하는 기관이기 때문에, 입법부나 행정부에 비하여 재량의 폭이 협소하다. 그러한 범주 안에서 정확하게 어떠한 내용을 구체적으로 결정할 것인지 완벽하게 그려낼 수는 없으나, 예측이 가능한 수준이다. 더욱이 법원 결정에 관하여 신속하게 정보가 공유되는 현대 사회에서 공지성(公知性) 역시 제정법에 비하여 현격히 차이가 난다고 보기도 어렵다<sup>348)</sup>.

“법관은 법이 불확실한 경우에 이러저러한 고려를 통해 일종의 입법적 결단을 내려야 한다. 그러한 판결은 법에 의해 결과가 정해진 것이 아니라는 점에서는 재량적이지만, 실천적 추론에 의해 뒷받침된다는 점에서 자의적이거나 비합리적인 것은 아니다. (...) 사법입법은 정당성의 크기에 있어서는 여타의 입법부나 행정부의 것보다 작지만, 이후의 유사한 사건에 대한 법적 평가를 예측할 수 있게 해주는 기능을 동일하게 수행한다.<sup>349)</sup>”

347) Greenawalt, Discretion and Judicial Decision, 1975, p.369과 p.377

348) 사안에 관련된 중요 판례를 모르는 사람이 적용 법률을 알 가능성은 낮으며, 그 역(逆)도 마찬가지로 성립한다. 법률을 아는 사람은 관련 판례 역시 대부분 숙지하고 있을 것이며, 판례를 모르는 사람이 법률을 알 가능성은 극도로 낮다.

349) 김혁기, 법적 추론의 기능에 대한 고찰, 2003, p.35

새로운 유형의 사건, 성문법이 침묵하고 있는 대상에 관한 사건을 다루는 법원이 일정한 결론을 산출하면, 해당 판결은 문제사안의 대표적 해결방법으로서 규범성을 획득한다. 난제에 대하여 어렵사리 답을 제시한 법원의 판결은 ‘같은 것은 같게’ 취급하라는 선례구속에 의하여 유사사안을 판단하기 위한 준거이자 제약요인(constraint)으로 작용한다. 재량 여지는 그에 따라 매우 축소된다.

불확정적인 법원리를 판단의 논거로 활용한 법형성 판결, 다시 옮기자면 법원리라는 기제는 통해서 법체계의 내부 논리명제 이외의 요소가 개입된 법형성 판결의 경우, 그러한 결정의 정당성을 확보하기 위해서는 보다 강화된 논증책임이 요청된다. 법형성 판결은 법관의 논증 의무를 강조한다. 이는 법원이 “자기절제와 자기반성을 수행”하는데 도움이 된다. 법의 ‘발견’이 아니라, 법원의 법형성 결정이라고 할 때 오히려 더욱 진지한 숙고와 성찰의 가능성이 있다.

에서는 대륙법 체계가 삼권분립을 전제로 법의 창조와 법의 해석/적용을 엄격히 구별하는 이데올로기를 유지하고 있음에도 불구하고, 현실의 법실무를 냉정하게 관찰할 때 법전에 기초한 사법질서에서도 실제로 법관의 법창조(judicial legislation)가 상당한 지분을 차지하고 있음을 인정해야 한다고 주장한다.

사회변동에 따라 법관은 필연적으로 기존의 체계가 만족스러운 해결을 주지 못하는 사건에 직면할 수밖에 없다. 그러한 경우 법관은 흠결보충이나 수정해석을 위해 사회현실을 참조할 수밖에 없지만, 사회현실 그 자체가 어떠한 규범적 기준을 줄 수는 없다. 그렇다면 법관은 실정법 질서에서 이미 제도적으로 인정되고 있는 법원리와 법사고를 지침으로 삼아 해결을 찾아나갈 수밖에 없다. 이러한 재판에 의한 법형성이 체계적합적으로 이루어지기 위해서는 “새로운 규율 필요성과 합치하지 아니하는 법률체계를 극복할 수 있을 정도로 충분히 사회비판적이면서도 동시에 구성적으로 생산적인 새로운 법원리에 기초할 수 있을 정도로 충분히 도그마틱적이어야만” 한다. 그런데 이렇게 법원리에 기초해서 이루어지는 법형성은 재판실무에 의해서 가



능하며, 이는 진정한 의미의 법관법에 다름 아니다<sup>350)</sup>.

사법재량을 행사함에 있어서 오히려 법원의 다각적 검토와 치밀한 논리적 구성이 요청되기에 단순히 사법재량을 자의적 결정으로 환치할 수는 없다. 사법재량을 인정하는 것이 오히려 법원의 논증책임을 강화하는 방향으로 나아갈 수 있다. 법관이 스스로 범형성을 하고 있음을 인식하는 것이 오히려 법관으로 하여금 “자기절제와 자기반성을 수행하도록 하는 데도 도움을 줄 수” 있는 것이다.<sup>351)</sup>

마찬가지로 에스크리지(Eskridge)는 사법재량에 관한 기우가 지나치다고 비판한다. 사법재량과 discretion)을 비교하며, 행정 재량에 관해서는 우려의 목소리가 크지 않음에도 불구하고 사법 재량에 관해서는 지나치게 우려가 많다고 지적한다. 정부 규제의 직접적인 이해관계자들과 맞닿은 행정부에 비할 때 사법부는 재량 행사에 있어서 오히려 더욱 공정할 것이라는 주장이다.<sup>352)</sup>

형식적인 분권 구조에 집착하여 사법부가 실제 수행하고 있는 법 형성적 판단을 부정한다면 현실에서 실제 진행되고 있는 법 현상에 대한 유의미하고 생산적인 논의를 전개함이 불가능하다. 순수하게 논리연역적인 판단으로 결정을 도출하는 것은 비현실적이다<sup>353)</sup>. 법적 결정이 법해석만을 통해서는 현출되지 않는 여러 사안에서 사법 재량을 부정하기란 어렵다. 중요한 점은 사법 재량을 수용하는 기준, 어떤 적정선에 따라 그를 인정하고 제약을 가할지에 관한 내용이다.

---

350) 김형석, 법발견에서 원리의 기능과 법학방법론 p.17

351) 양천수, 법률에 반하는 범형성의 정당화 가능성, p.112

352) Eskridge, 『Dynamic Statutory Interpretation』, (1994)

353) 김혁기, 법적 추론의 기능에 대한 고찰, 법철학연구, 2010, p.13

“법관은 자신의 개인적 견해를 배제하고 기존의 법과 보편타당한 논리에 의해서 판단해야만 한다고 여겨진다. 정당성에 대한 이러한 통념은 권력분립이나 법치주의와 같은 법적 정치적 원리들에 의해 지지된다. 권력 분립의 원리는 법의 제정은 입법부에게, 법의 적용은 사법부에게 맡기고 있다. 인간이 아닌 법에 의한 지배는 법적 판단이 판단자의 자의가 아니라 오로지 법에 의해서만 이루어질 것을 요구한다. 그러한 형식적 정당성의 이념은 법적 추론만을 가지고서 법적 판단을 내릴 수 없다면 불가능한 것이 된다.”

## 제2항 판례에 등장하는 ‘법형성’의 의미

### 1. 판례에 등장하는 ‘법형성’의 의미

#### 가. 법형성 판결의 긍정

우리나라 법원은 법형성에 관하여 다면적인 태도를 취하고 있다. 우리나라 법원의 전반적인 태도를 분석하기 위하여 ‘법형성’이라는 핵심어로 국내 판례 검색 결과<sup>354)</sup>, ‘법형성’이라는 표현이 등장한 판결문 대부분은, ‘입법형성권’ 내지 ‘입법형성의 재량 및 한계’를 언급하며 의회의 입법형성 권한에 대한 존중을 드러내는 대목들이었다. 그 수가 많지는 않았지만 사법부가 행하는 법형성에 관한 명시적 언급이 담긴 판결도 상당수 존재하였으며, 사법부의 법형성에 관하여 긍정과 부정의 입장을 골고루 보여주고 있다.

판결문에 언급된 대부분의 ‘법형성’은 입법형성에 속하지만, 사법부의 법형성이 판결문에 언급되는 경우도 적지 않았다. 법원이 실질적인 규범 창설 기능을 수행하고 있음을 밝히며 사회적 필요를 위하여 그를 긍정하는 입장을 내보인 판결, 즉, 법형성을 긍정하는 입장의 대표적 논지는 다음과 같다.

법률의 해석적용에 있어서 그 법문의 표현에만 얽매어 법의 바탕에 깔려 있는 법의 정신을 무시하는 일은 재판이라는 사법작용의 본질에 부응하지 못하는 것일 뿐만 아니라, 법원이 법률의 해석적용에 있어서 이와 같은 소극적 자세만을 취하게 된다면 법을 통한 정의의 실현이라는 재판의 본래의 목적은 도저히 이루어 낼 수 없는 것이다. 법원은 재판을 통하여 단순

---

354) ‘법형성’으로 국내 판례 검색 결과(2018년 연말 기준), 판시사항에 ‘법형성’이 등장한 판결문 55개, 판결요지에 ‘법형성’이 등장한 판결문은 331개, 판결전문에 ‘법형성’이 등장한 판결문은 1077개 확인되었다.

한 법문의 해석이 아니라 법의 정신에 어긋난 법의 흠결을 보충할 수 있는 법 창조적인 기능까지를 가지고 있는 것이다. 법형성 과정에 나타난 우리의 현실이 반대의견과 같은 법률해석을 통하여서만 달성될 수 있는 법원의 이러한 기능을 더욱더 요구하고 있다는 점을 특히 강조하여 두는 바이다<sup>355)</sup>.

대법원 판결에서 비슷한 관점을 노출된 많은 실례를 확인할 수 있으며, 특히 대법원 96누1382 전원합의체 판결 반대의견은 법률의 적용이 ‘법문의 표현에만 얽매어’ 있어서는 부당한 결과를 초래할 수 있으므로 정의 실현을 위해서 필요한 경우 법원은 ‘법 창조’의 기능을 수행할 수 있음을 강조한다.

법률의 해석적용에 있어서 그 법문의 표현에만 얽매어 법의 바탕에 깔려 있는 법의 정신을 무시하는 일은 재판이라는 사법작용의 본질에 부응하지 못하는 것일 뿐만 아니라, 법원이 법률의 해석적용에 있어서 이와 같은 소극적 자세만을 취하게 된다면 법을 통한 정의의 실현이라는 재판의 본래의 목적은 도저히 이루어 낼 수 없는 것이다. 법원은 재판을 통하여 단순한 법문의 해석이 아니라 법의 정신에 어긋난 법의 흠결을 보충할 수 있는 법 창조적인 기능까지를 가지고 있는 것이다. 법형성 과정에 나타난 우리의 현실이 반대의견과 같은 법률해석을 통하여서만 달성될 수 있는 법원의 이러한 기능을 더욱더 요구하고 있다는 점을 특히 강조하여 두는 바이다<sup>356)</sup>.

상기 판결은, 법원이 헌법질서의 해석기구라는 점에서 법형성의 근거를 찾고 있다. “국가 법질서는 헌법을 최고법규로 하여 그 가치질서에 의하여 지배되는 통일체를 형성하는 것이고 그러한 통일체 내에서 상위규범은 하위규범의 효력근거가 되는 동시에 해석근거가 되는 것이므로, 헌법은 법률에 대하여 형식적 효력의 근거가 될 뿐만 아니라 헌법규정에

---

355) 대법원 1997. 3. 20. 선고, 96누1382 전원합의체 판결

356) 대법원 1997. 3. 20. 선고 96누1382 판결의 반대의견

포함된 법의 원리는 입법을 지도하는 원리로서 법률의 해석·적용에 있어서 당연히 고려되어야 하는 것”이라며 법원리를 활용한 법원의 법형성 정당화 근거를 밝히고 법원의 법형성의 정당화 근거를 밝히고 있다.

법원의 법형성 판결을 두고, 이를 ‘실질적인 법창조’라고 수궁하고 정의실현이라는 사회적 필요에 따라서 보다 적극적으로 법형성을 해야 한다는 입장도 있다. 구체적 사안의 정의실현을 위하여, 형식적 문언해석에 얽매이지 말고 성문(成文) 규정의 의미를 과감하게 확대해석하거나 또는 축소해석하는 논증은 이러한 관점에서 비롯한다. 법규범 창설로 받아들여지고<sup>357)</sup> 있는, 대법원78도246 전원합의체 판결의 다수의견 역시 이러한 관점에서 “법 규정의 본질을 바꾸는 정도의 것이 아닌 한도 내에서 이를 합리적으로 해석함으로써 뒤져진 법률을 앞서가는 사회 현상에 적용시키는” 것은 법원의 ‘임무’이기도 하다고 정리하고 있다<sup>358)</sup>.

같은 논지에서 경우에 따라서는 법형성은 법원에게 주어진 임무이기도 하다고 밝히며, 법형성 판결에 관한 긍정을 보여주는 대표적인 판례는 98두1857 판결의 다음 보충의견이다.

원래 법규의 규범적인 의미내용은 그 문언을 문법구조대로 해석하는 것이

---

357) - “명백한 contra legem!” (심헌섭, “법획득방법의 기본구조에서 본 법학과 법실무”, 1982, p.41)

- “입법이 전혀 예상하지 않았던 벌금 하한액을 감경할 수 있음을 법원이 선언함으로써 실질적으로는 새로운 법을 창조한 것과 같다고 말할 수 있다. (이회창 “사법의 적극주의”, 1987, p.152)“

358) 대법원 1978년 4월 25일 선고, 78도246 판결(전원합의체)의 다수의견

: “사회현상이 급속도로 변천되고 법률이 그 사회 변천에 따라가지 못하여 그 법률과 사회 실상과의 괴리가 심하게 되어서 해석 여하에 따라서 그 결과가 심히 부당하게 혹은 국민에게 가혹한 결과를 가져온다고 보일 때에 이를 완화하는 방향으로 해석함은 형법해석에서도 불가능한 것이 아니라 필요한 것이다. 도대체 모든 법은 법 규정의 본질을 바꾸는 정도의 것이 아닌 한도 내에서 이를 합리적으로 해석함으로써 뒤져진 법률을 앞서가는 사회 현상에 적용시키는 일방, 입법기관에 대하여 법률의 개정 등을 촉구하는 것은 오히려 법원의 임무에 속하는 일이고 법률개정이라는 입법기관의 조치가 있을 때까지는 그 뒤쳐진 법 규정의 재래적 해석적용이 부당한 결과를 초래한다는 것을 뻔히 알면서 이를 그대로 따를 수밖에 없다고 체념해 버리는 것은 온당치 않은 태도라고 생각한다.”

원칙일 것이나, 그러한 해석이 전체 법질서와의 관련에서 평가모순을 초래하는 경우에는 형식적인 자구해석만을 고집하여서는 아니 되고, 가능한 어의와 의미관련의 범위 안에서 그러한 모순을 피할 수 있는 방법으로 합목적적으로 해석되어야 하며, 그러한 해석은 필요하기도 할 뿐 아니라 법규의 해석·적용과 함께 법형성의 기능까지 동시에 담당하고 있는 법원의 임무이기도 한 것이다.<sup>359)</sup>

이러한 태도에 관해서 ‘임의적인 법형성’이라고 비판하며 헌법이 보장하는 자유와 권리를 해치게 된다는 반대의견이 제시되었다<sup>360)</sup>.

## 나. 법형성 판결의 부정

판결에서 관찰되는 논변에서 법원은, 법형성 논증에 의거한 결정이 ‘법률해석권’의 영역 내에 - 즉, 안전지대 내에 - 위치함을 수차례 강조한다. 법형성을 긍정하는 판결이건, 법형성을 부정하는 판결이건 논리의 기본 골조는 대동소이하다. 법원의 결정이 ‘법률해석권’의 범위 내에 있어야 한다는 것(대법원 99다23383 전원합의체 판결 등)이다. 즉, 특정 사안

---

359) 대법원 1999. 8. 19. 선고 98두1857 전원합의체 판결 中 대법관 정귀호, 대법관 이용훈의 다수의견에 대한 보충의견, 해당 보충의견은 다음과 같이 더욱 구체적인 내용을 부가·상술한다.

: “법원이 이를 해석함에 있어서 마땅히 그 문언의 의미 내용이 헌법과 환경관련 법률을 비롯한 전체 법질서와 모순을 초래하지 않도록 환경보전의 이념에 부합하게 합목적적으로 해석하여야 하는 것이지, 그 자구에만 매달려 형식적으로 해석하여 헌법과 환경관련 법률이 지향하는 법의 이념을 몰각하는 결과를 초래케 하여서는 아니 된다. 그러한 형식적이고 기능적인 해석은 헌법이 지향하고 있는 환경보전을 통하여 공동체의 삶의 질을 높여야 할 우리 모두의 임무를 저버리는 일이 되는 것임은 물론이고, 법해석의 일반원칙에도 반하는 것이다”

360) 대법원 98두1857 판결 반대의견

: “보충의견과 같이 임의적인 법형성에 이르는 법해석을 하게 되면, 국민의 자유와 권리는 법률로써만 제한할 수 있다는 헌법 제37조 제2항의 규정은 그 의미가 없게 되고, 헌법이 보장하는 국민의 자유와 권리 가운데 법관이 자기의 가치관에 따라 보다 중요하다고 생각되는 권리를 우선시킴으로써, 그것보다 열위에 있다고 생각되는 국민의 자유와 권리는 명백한 법률의 근거가 없이도 제한될 수 있다는 결론에 이르게 되며, 환경권이라고 하여 그 예외가 될 수 없을 것이다.”

에서 법형성 결정을 긍정하는 의견은 해당 결정이 법률해석권의 범위 내라는 입장이었고, 해당 법형성을 비판하는 의견을 해당 결정이 법률해석권의 범위 밖이라는 입장이다. 다시 말해, 서로 ‘법률해석권’의 영역 범주를 달리 이해하고 있기 때문에 상반된 결론을 내리게 되는 것이다.

사법부의 논변에서 법형성이 부정적인 의미로 사용되는 경우는 어떠한 사고·판단이 사법재량으로서 허용될 수 있는 ‘안전지대’를 벗어났음을 이유로 하는 경우가 많다. 즉, “명문의 규정에 반하는 법형성 내지 법률 수정을 도모하는 것으로서 법원의 법률해석권의 범위를 명백하게 일탈한 것(대법원 1999. 8. 19. 선고 99다23383 전원합의체 판결)”이라는 공세적 맥락에서 사용되었다.<sup>361)</sup> 어떠한 결정이 법원의 권능 밖임을 비판하기 위하여 ‘법형성’이라고 표현하는 경우가 이에 속한다. 이러한 이유로 우리 법원의 판결에서 스스로 ‘법형성’을 하고 있음을 명시적으로 밝히는 경우는 드문 편이다. 법원은 실제로 법형성을 하고 있음에도 불구하고, 스스로는 그러한 법형성 결정을 두고서도 법을 ‘발견’하였다고 조심스럽게 표현하는 경우가 많다.

이처럼 ‘법률해석권의 범위’ 안에 있다는 간접적인 언명으로 정책적 결정을 하는 이유는, 법형성과 법해석의 통상성, 그리고 법적 논증 과정에서 우선순위 때문일 것이다. ‘법형성’이라는 표현은 그간 법원의 ‘영역 밖’이라며 판결문에서 공세적이고 비판적인 경우에 사용된 빈도가 높다. 다음과 같이 78도246 판결의 반대의견은 법에 반하는 판결(*contra legem*)을 비판하고 있다.

무릇 재판할 사안에 대하여 적용할 법규가 없을 경우 법관이 법률이념에 맞도록 다른 법규를 유추적용 한다든가 또는 법규가 있기는 있으나

---

361) 동지의 관점은 제주지법 1999. 4. 14. 선고 99노1 판결에서도 다음과 같이 관찰된다.

“이렇게 해석한다고 하여 그것이 법규정의 가능한 의미를 벗어나 법형성이나 법창조행위에 이른 것이라고 할 수 없고 명문규정의 의미를 벗어난 확대해석을 함으로써 죄형법정주의의 원칙상 금지되는 입법의 미비를 덮으려는 유추해석이나 확장해석에 해당한다고 할 수 없다.”

그 의미 내용이 모호 애매할 경우 법관이 그 입법취지에 따라 적절한 해석을 함으로써 그 법규의 의미내용을 확정한다든가 하는 작업은 법관의 직권인 동시에 직무라 할 것이고 그와 같은 작업의 결과가 법률의 형식적 연원의 하나가 될 때 이를 판례입법이라고 일컫는다.

그러나 위와 같은 경우가 아니고 법률에 명문규정이 있어 그 의미내용이 명확할 경우에는 비록 그 법규가 그보다 앞질러 진전하는 경제 기타 사회적 실정에 아니 맞는다 하더라도 법관은 모름지기 국회의 입법 작용에 의한 개정을 기다려야 할 것이지 사회적 실정에 맞게 하기 위한 다 하여 또는 피고인에게 유리하게 해준다 하여 명문규정을 억지로 고쳐서 적용하여서는 아니 된다 할 것이다.

따라서 본건 다수설과 같이 다액이라는 명문을 금액으로 고쳐서 해석한다는 것은 법관의 법률해석권의 범위를 일탈하여 국회의 입법권을 침해하는 것이라는 비난을 받아도 할 말이 없을 것이다.<sup>362)</sup>

법원의 결정이 협의의 ‘법해석’ 내지는 ‘법의 발견’에서 그치지 않은 경우를 대표적으로 보여주는 사안은 대법원 94도32판결이다. 해당 판결에서 다수의견은 법률의 문언을 해석함에 있어서, ‘관련 조문을 전체적, 종합적으로 해석하는 방법’을 취하여 결정을 내린다고 밝힌다. 그와 같이 전체적·종합적으로 법조문을 해석하는 방법은 법 규정의 가능한 의미를 벗어났거나 “법규정의 가능한 의미를 벗어나 법형성이나 법창조 행위에 이른 것이라고는 할 수 없어”서 해석의 범주 안에 있다고 말한다<sup>363)</sup>. 이

---

362) 78도246 판결의 반대의견 : 이영섭, 주재황, 김윤행, 강안희, 라길조, 김용철, 유태홍

363) [대법원 1994.12.20. 선고, 94도32 판결 (다수의견)]

형법 제170조 제2항에서 말하는 ‘자기의 소유에 속하는 제166조 또는 제167조에 기재한 물건’이라 함은 ‘자기의 소유에 속하는 제166조에 기재한 물건 또는 자기의 소유에 속하든, 타인의 소유에 속하든 불문하고 제167조에 기재한 물건’을 의미하는 것이라고 해석하여야 하며, 제170조 제1항과 제2항의 관계로 보아서도 제166조에 기재한 물건(일반건조물 등) 중 타인의 소유에 속하는 것에 관하여는 제1항에서 규정하고 있기 때문에 제2항에서는 그중 자기의 소유에 속하는 것에 관하여 규정하고, 제167조에 기재한 물건에 관하여는 소유의 귀속을 불문하고 그 대상으로 삼아 규정하고 있는 것이라고 봄이 관련 조문을 전체적, 종합적으로 해석하는 방법일 것이고, 이렇게 해석한다고 하더라도 그것이 법규정의 가능한 의미를 벗어나 법형성이나 법창조행위에 이른 것이라고는 할 수 없어 죄형법정주의의 원칙상 금지되는 유추해석이나 확장해석에 해당한다고 볼 수는 없을 것

에 대하여 해당 판결의 반대의견은 문언 해석의 엄격함을 이유로 다수의 견을 비판한다. ‘문언상 해석 가능한 의미의 범위를 넘어서는 것은 법창조 내지 새로운 입법행위’라고 지적하며 비록 다수의견이 해석의 영역을 일탈하지 않았다고 강변하고 있지만 실상은 성문법을 벗어나는 결론을 산출하였다고 한다<sup>364)</sup>

상기 94모32 판결이 형사 판결이라서 ‘법해석’임이 더욱 강변되었다고 할 수 있으나, 판결 분야를 막론하고 법원은 스스로 법을 ‘형성’하거나 법규범을 ‘창조’한다고 명시적으로 말하지는 않는다. 이는 법원이 법을 ‘해석하고 적용’하는 기관이라는 헌법적 수권 구도와도 이어져 있다. 또한 성문법 보정(補正)적 법해석 - 엄밀히 법형성 - 을 하는 경우가 빈번하게 관찰되는 소멸시효 사안에서조차도 법원은 다음과 같은 신중한 입장을 취하고 있다.

“일반적 원칙을 적용하여 법이 두고 있는 구체적인 제도의 운용을 배제하는 것은 법해석에 있어 또 하나의 대원칙인 법적 안정성을 해할 위험이 있으므로 그 적용에는 신중을 기하여야 한다.”<sup>365)</sup>

이 경우에도 법원은 법형성의 요건으로서 ‘법률의 본질’을 바꾸지는 않음을 부가적으로 실시하며 중요성을 강조한다. 하지만 우리나라 법원이 말하는 법률의 본질을 바꾸지는 않는다는 한계선이 의미 있기 위해서는,

---

이다.

364) 대법원 1994.12.20. 선고, 94모32 판결 (반대의견)

: 형벌법규의 해석은 문언해석으로부터 출발하여야 하고, 문언상 해석 가능한 의미의 범위를 넘어서는 것은 법창조 내지 새로운 입법행위 바로 그것이라고 하지 아니할 수 없으며, 이는 죄형법정주의의 중요한 내용인 유추해석의 금지원칙상 쉽게 허용되어서는 안 될 것이다.

365) 대법원 2008.5.29. 선고, 2004다33469 판결(손해배상 소멸시효)

국가에게 국민을 보호할 의무가 있다는 사유만으로 국가가 소멸시효의 완성을 주장하는 것 자체가 신의성실의 원칙에 반하여 권리남용에 해당한다고 할 수는 없으므로, 국가의 소멸시효 완성 주장이 신의칙에 반하고 권리남용에 해당한다고 하려면 앞서 본 바와 같은 특별한 사정이 인정되어야 하고, 또한 위와 같은 일반적 원칙을 적용하여 법이 두고 있는 구체적인 제도의 운용을 배제하는 것은 법해석에 있어 또 하나의 대원칙인 법적 안정성을 해할 위험이 있으므로 그 적용에는 신중을 기하여야 한다.



법률의 ‘본질’ 혹은 입법목적이 무엇인지에 관해서는 합의가 형성되어야 한다. 그러나 모든 해석자의 의견이 하나로 수렴하기 어렵기 때문에 구체적인 사안에서 법규정의 문언에 반하는 해석이 해당 법률의 본질을 침해하였는지 여부에 관해서는 평가가 다를 수 있다<sup>366)</sup>.

## 2. 법원이 ‘법형성’을 바라보는 관점

상기 검토에 따르면 우리 법원이 ‘법형성’을 바라보는 관점은 판결의 표현에 드러나는 것에만 따르면 상당히 부정적이라고 할 수 있다. 그러나 이는 실질적으로는 ‘법형성’이라고 판단되는 판결을 ‘법해석’의 정당한 영역 내에 존재한다고 주장하는 견해가 있다는 점에서, 외견적으로 관찰되는 법형성에 대한 부정적 태도가 전체적인 것은 아니다. 실제로 법형성을 하고 또한 그 이유의 합당성을 주장하는 여러 판결에서, 해당 판결의 내용적 타당성을 주장하는 전략으로서 ‘법해석’이라는 논리가 활용되었기 때문이다.

---

366) 양천수, 법률에 반하는 법형성의 정당화 가능성, p. 121

“이러한 요건은 상당히 추상적이어서 과연 구체적으로 어느 한도에서 법률에 반하는 법형성을 인정할 수 있는지에 대한 설득력 있는 기준이 되기는 어렵다. 이를테면, “부당한 결과”란 구체적으로 무엇을 뜻하는지, 법형성을 어떻게 하는 것이 합리적인 법형성인지에 관해 보충의견은 설득력 있는 기준을 제시하지는 못하고 있다.”

## 제 4 절 법원의 기능

### 제1항 법원의 기능과 역할

현실에서 법원은 성문법의 실질적 내용을 변경하거나 그 효력을 제한하는 등 법문언에 반하는 결정을 내린다. 판단 논리의 형성과 개발에 있어서 사회의 변화, 정의, 형평, 효율 등과 같은 추상적 개념에서 근거를 추출한다. 이처럼 어떠한 법해석 방법론이 타당한가에 관하여 학자마다 다양한 입장의 차이는 법해석에 있어서 다음과 같이 “텍스트 외의 관점이 얼마나 가공과정에 기여하는가에 대한 시각차이”에서 기인하며 “형식(form)을 중시하는 입장과 실질(substance)을 중시하는 입장”은 법률해석에서 중요한 변수로서 작용한다.<sup>367)</sup>

해석·결정의 주체인 법원의 관점에서 볼 때, 일정한 법적 기준이 존재함은 두 가지 측면에서 이해된다. 기준의 존재는, 법원이 결정을 내릴 때의 준거지침이 되어 안정성과 예측성을 담보하는 지침(指針)이기도 하며, 결정이 그에 구속되어야 하는 제약요인(constraint)이기도 하다. 실정법이라는 경계선 혹은 제약은 판단이 수월하다는 생산적 기능과 사안에 적합한 판단의 산출을 제약하는 소극적 기능을 동시에 갖는다.

법률에 의거해 법률의 ‘해석’ 기구인 사법부의 연역적 논증으로만 문제를 해결한다는 것은 관념적 차원에서는 만족을 제공할 수는 있더라도, 현실의 구체적 면면을 들여다보면 피상적 논의임을 여러 경우를 통해 확인할 수 있다. 사법 과정에서 문제사안의 판단 기준이 요청되어 특정한 기준이 현출되고 이것이 법규범으로 정립되는 경우가 적지 않다. 다음과 같이 대부분의 경우 법원의 사법 재량을 인정한다.

“기존의 법에서는 예상하지 못한 사실관계를 포함한 사안들은 발생하기 마련이므로, 모든 재판에서 결론이 법에 의해 구속되어 있을 수는 없다.

---

367) 권영준, “민법학, 개인과 공동체, 그리고 법원”, 2015, pp.1446-1447

그러한 사안에서는 법관이 법과 논리 대신 자신의 재량에 의해 판결할 수밖에 없다. 법이 완전한 형식적 체계를 이루고 있다는 극단적 법형식주의와 드워킨의 해석적 법이론을 제외하면, 대부분의 법철학자들은 어느 정도의 사법 재량은 불가피하다는 점에 대해 동의한다. 다만 전체 재판에서 재량 판결이 차지하는 비중에 대해서 상이한 평가를 내릴 뿐이다.”<sup>368)</sup>

법원이 판결을 통해서 형성한 법리와 의회에서 만들어지는 법률을 비교할 때, 법원의 결정이든 의회의 결정이든 양자는 향후 일정한 유형의 대상 범주를 위한 판단 기준을 제공하고 있다는 점에서는 본질적으로 같다. 샤우어(Schauer)는 의회와 법원이 내리는 규범 창설적 의사결정이 - 물론 규모와 수준은 다를지언정 - 본질적 속성은 유사하다는 점에서, ‘입법자(lawmaker)’의 범주에 법원, 의회, 행정청을 함께 묶고 있다.

법원은 구체적 특정 사건에 관하여 판결을 내리지만, 그럼으로써 “관련된 일군의 사안과 분쟁”에 관한 결정을 내리는 것이 된다.

“입법자(lawmaker)가 법을 만드는 경우, 해당 법은 미래의 [관련] 사안(a multiplicity of future instances)을 통어하는 규칙이 된다. 입법자는 - 입법자는 법관인 경우도 있고, 의회인 경우도 있고 행정부 기구인 경우도 있다(whether judge or legislature or agency) - 단순히 특정한 한 사안이 아니라 관련된 일군의 사안과 분쟁을 결정하고 규율하는 규칙을 만드는 것이다.”<sup>369)</sup>

일정 카테고리 범주로 묶이는 사안을 규율할 수 있는 규칙을 만든다는 점에서 의회, 행정청, 법관은 동일하다고 보는 샤우어는, 법관이 만드는 규범은 구체적 사안과 맥락에서 도출된 규범으로서의 장점을 가짐을 말한다. 의회에서 이루어지는 의사결정 과정과 비교할 때, 법관은 눈앞에 놓여있는 현안에 가장 적합한 결정을 내려야 하는 부담을 가지고 있기

368) 김혁기, “법적 추론의 기능에 대한 고찰”, 법철학연구 제13권제1호, (2010), p.15

369) Schauer, 전제서(주29), pp. 889-890

때문이다. 현실의 구체적 사안에서 발생하는 사법입법이 오히려 의회입법보다 우수할 수 있다는 것이다.

“사안에 기초한 규칙의 제정자(case-based rule-maker), 다시 말하여 보통 법의 법관은 목전에 놓여 있는 담당 사안 및 그와 유사한 일군의 사안들이 (this case and also other cases of this kind) 어떻게 결정하는 것인지를 자신이 담당하는 임무라고 생각할 것이다. 구체적 사안에 기초하지 않은 입법자(non-case-based rule-maker) 역시도 특정 사안 및 그와 유사한 속성을 지니는 미래의 일군의 사안에 관한 결정을 내리려고 할 것이나 목전의 현안에 적합한 결정을 내려야 하는 부담으로부터 벗어나(unencumbered (or unguided) by the necessity of deciding one of those cases right now) 있다.<sup>370)</sup>”

샤우어는 실제 분쟁 사례를 눈앞에 두고 구체적인 맥락을 파악하고 있는 법관에 비하여, 그렇지 않은 의회의 입법자가 규칙을 제정하는 것은 한낱 ‘추측(speculation)’에 지나지 않는 판단이라고 지적한다.

“실제 분쟁이 발생하지 않는 경우, 모든 것은 예측에 불과할 따름이며 (everything is speculation) 현실에 뿌리 내리지 않은 예측은 오도(誤導)될 가능성이 있다. 그에 반하여 실제의 사안이 존재하는 경우, [그에 관한] 규칙을 제정하는 사람은 구체적인 실제 사안의 구체적 맥락(a concrete context)을 고려하여 특정한 규칙이 현실에서 어떻게 작동하는지를 고려하여 규칙을 제정할 수 있다.<sup>371)</sup>”

법관의 법형성을 바라봄에 있어서 보다 신중한 접근을 취하여야 할 필요는 있으나, 샤우어의 통찰이 말하는 관례 입법의 장점은 부인할 수 없다. 법형성 판결을 통한 사법입법이 긍정적 특징을 보유하고 있으며, 그를 통해 법의 변화와 발전이 촉진되었다고 보아야 한다.

---

370) Schauer, 전게서(주29), p.891

371) Schauer, 전게서(주29), p.892

거시적 관점에서 볼 때, 입법권을 가진 의회 및 적극행정을 펼칠 수 있는 행정부에 비하여 사법부는 보다 신중한 역할을 하고 있으나 법원 역시 국가 기구로서 일정한 정책적 기능을 담당한다. 사법부와 입법부·행정부는 상호견제의 대상이자, 기관 간 협업의 관계에 놓여있기도 하다. 실정법의 지시를 넘어서, 법원이 수행하는 사법입법은 다음과 같이 명확하게 인지될 뿐만 아니라 그 필요성이 옹호되고 있다.

“법관이 구체적 사건에서 법을 해석하고 적용하는 과정을 들여다 볼 것 같으면 재판은 단순히 기존의 법 중에서 당해 사건의 사안에 꼭 맞는 법을 찾아 끼워 맞추는 일에 그치지 않고 때로는 기존의 법 또는 법문(法文)이 명시적으로 선언하지 않았거나 또는 예정하지 않았거나 또는 법의 명문규정 자체가 불합리한 경우에 법을 선언하고 합리적인 법을 새로이 창조하는 그러한 기능을 다하고 있는 것을 알 수 있다. (...)”

그러므로 외부에 표현된 언어를 해석하는 해석자는 이러한 여러 가지 의미 중에서 어느 것이 가장 적절한 의미인가를 선택해야 하고 때로는 본래 없는 새로운 의미를 부여할 필요도 생긴다. 더구나 법은 입법자의 주관적 의도와 시대적 배경 내지 시대사조(時代思潮)를 충실하게 고려해야 할 경우도 있겠지만, 때로는 입법자가 미처 예상하지 못한 의미를 부여해야 할 경우도 있고 또는 본래의 입법자의 의도나 시대사조를 무시하고 전혀 다른 별개의 의미로 해석해야 할 필요도 생기는 것이다.

이런 때에 사법이 당초에 입법이 예정하지 않은 의미로 확대하여 해석하거나 또는 다른 의미로 변경 또는 축소하여 해석하는 것은 실질적으로 새로운 법을 창조하는 입법과 다를 바가 없다. 법의 입법과 법의 해석 사이에는 법형성(法形成)의 방법과 과정에 차이가 있을 뿐이지 그 기능에는 본질적 차이가 없고 오직 정도의 차이뿐이라고 말하는 이유가 여기에 있다<sup>372)</sup>.

이러한 법원의 결정은 정책적 결정으로서, 법원의 정책적 판단이 타월한 것인가에 관해서는 많은 우려와 비판이 제기된다<sup>373)</sup>. 이러한 정책적

372) 이회창(1987), “사법의 적극주의”, 서울대학교 법학 제28권제2호, pp.150-151

373) M. A. Crenson & B. Ginsberg, "Downsizing Democracy" pp.284-285, 295, 306

결정을 정당화하기 위해서는 법논리에 의거하는 ‘제한적’인 정당화는 그 결정의 내용에 관한 ‘추가적’ 정당화의 필요성이 요청된다.

## 제2항 법원의 의사결정

### 1. 법원의 정책적 판단

이 문제는 법원의 기능, 혹은 법관의 직능을 어떻게 이해하는가 하는 것과 맞닿아 있다. 법형성 결정은 법원이 단순한 ‘해석기계’ 이상의 논증 작업을 수행함을 의미한다. 법관이 ‘정책결정자’의 역할을 수행하게 되었다는 히라이의 분석은 법원이 그 실질적 기능에 있어서는 ‘작은 국회’가 되었다는 다음의 분석과 일맥상통한다.

“과거 같으면 법원으로 넘어오지 않고 정치권이나 행정당국의 위원회에  
서 해결했을 법한 많은 정치적 혹은 정책관련 사안들이 오늘날 법원으  
로 넘어오고 있다. 여의도에서 여야 국회의원이나 정당간의 싸움 노사정  
간의 불협화음, 정부와 환경단체의 싸움은 날이 새기가 무섭게 법정으로  
넘어온다. 정책관련 사안들을 대거 떠안고 고심하는 판사들이 모인 법원

---

“집단적 정치행위를 통해 얻을 수 있는 정책 목표를 사법부를 활용해 달성할 수 있도록 한 결과 소송이 급증했다. 이는 고용 차별과 투표권, 소비자와 노동자 보호, 여성 인권, 환경 보호, 장애인 인권, 종교적 자유의 보장과 관련된 중요한 공공정책의 발전에 상당한 역할을 했다. 그러나 다른 측면에서 보면 법원을 조직된 이익들에 개방한 데에는 중대한 문제가 있다. 첫째, 소송은 협소한 이익을 가진 단체들이, 입법 과정에서 펼쳐지는 폭넓은 대안들 속에서 자신의 이익을 방어하거나 더 넓은 지지 동맹을 구축하고자 노력하지 않아도, 국가 정책에 영향력을 행사할 수 있도록 만든다. 둘째, 소송은 이익 옹호 단체들이 이해 당사자들을 동원하거나 그들의 실질적 필요와 선호를 고려하지 않고도 목표를 달성할 수 있게 한다. 셋째, 정치 전략으로 소송의 중요성이 커질수록 미국의 정부기관 가운데 가장 덜 민주적이며 대중에 대한 책임성도 가장 약한 사법부의 권위가 커진다. (...) 사법부는 소수이나 강한 동기를 가진 동맹의 ‘포획’에 본질적으로 취약하다. (...) 특정한 사회 목표를 대변하거나 특정 집단의 대리인으로 봉사한다고 주장하는 이들이 실은 자기 자신을 주요 대변하고 있다. ‘가짜 대표’는 법정에만 존재하는 독특한 현상은 아니지만, 사법부는 이런 행위에 가장 취약한 기관이다.”

은 어느덧 ‘작은 국회’가 되어가고 있다는 느낌이 든다. (...)

법원은 이제 조문이나 과거의 판례에만 의존하여 사적 인간의 균형을 고려하여 ‘중립적’인 결론을 내리기보다는 각종 정부목표나 사회적 효율, 사회구성원들의 도덕적 요청 등을 고려하는 정책판단도 겸하지 않으면 안 된다. 법관들이 판례집 이외에 통계숫자나 여론조사, 아니면 심지어 시사주간지도 뒤적이고 있다는 사실은 한 마디로 법 판단에서 정책적 사고의 비중이 점점 커지고 있음을 뜻한다.<sup>374)</sup>”

법원이 ‘작은 국회<sup>375)</sup>’가 되어가고 있다는 상기 분석은 출퇴근 중 발생한 사고가 ‘업무상 재해’에 해당하는지를 정책적 견지에서 검토한 판결(대법원 2005두12572 전원합의체 판결)에서 여실히 드러난다.

이처럼 법원이 내리는 결정에 ‘사회·정책적 판단 요소’가 개입함으로써, “정책지향형 소송에 있어서는 법관은 ‘옳은’ 또는 ‘바람직한’ 법제도 및 그 법제 하에서의 권리·의무의 배분을 구상하는 정책결정자 혹은 법제도설계자로서의 역할을 수행하게 되었으며, 소송당사자도 단순한 현재의 법제도나 정책에 대한 문제 제기자를 넘어 다수의 잠재적 당사자를 배후에 두고 이상적인 법제도의 구상을 주장하며 사회 일반에 소를 제기하는 문제 제기자가 되고 있다.<sup>376)</sup>”

## 2. 정책적 관점에서의 법적용

이러한 법원의 정책적 기능 수행은 대법원의 판례에서 자주 관찰된다. 정책적 배경을 두고 사안을 판단함에 있어서, 쟁점 조문에 대한 대법원

---

374) 박은정, 자연법의 문제들, p.49

375) 물론, 사법부가 법적 과정에서 다룰 수 있는 문제의 범위는 정치적 과정에서 다룰 수 있는 문제의 범위에 비하여 무척 협소하다. 특히 행정소송의 원고적격 논쟁에서, ‘법적 이익’과 ‘법률적 이익’이 문제된 사안에서 확인 가능한 것처럼, 소구권은 대부분 개별적·구체적·직접적 이익이 있는 주체에게 한정된다. 이처럼 한정된 문제에 의하여 점증적으로 판단을 내리는 법원 결정의 정당화에 관해서는 실질적인 방법론을 추가할 수 있겠다.

376) 강동욱, 법정책학의 의의와 과제, p.277

의 해석은 보다 유연한 태도를 취한다. 구체적 사안에 적용될 법의 의미를 추출함에 있어서 구체적 타당성을 위하여 사전적 의미에 한정되지 않고 법문언의 한계를 넘어서는 판결들은 종종 관찰된다. 법언어의 모호함과 연계되는 사법재량의 행사는 여러 국내 판결을 통해 예증할 수 있다.

특히, 산업재해보상보험법의 ‘업무상 재해’라는 법문언의 의미가 핵심쟁점이 된 대법원 2005두12572 전원합의체 판결은 이를 잘 보여준다. 산업재해보상보험법은 업무상의 재해 개념에 관해서, “업무상의 사유에 따른 근로자의 부상·질병·장해 또는 사망”이라는 개략적 정의를 제공하고 있다. ‘업무상의 사유’라는 모호한 개념 정의는, 출·퇴근 도중 발생한 재해가 업무상의 재해로 인정될 수 있을 것인지를 두고 서로 다른 해석이 맞서는 결과를 가져왔다.

다수의견은 다음과 같이 ‘사업주의 지배·관리’ 하에서 업무를 수행하는지를 준거 기준으로 삼아, 근로자의 출·퇴근은 사업주의 지배·관리 영역에 속하지 않는다고 보아 업무상 재해성을 부정하였다.

‘업무상의 재해’란 근로자와 사업주 사이의 근로계약에 터 잡아 사업주의 지배·관리 하에서 당해 근로업무의 수행 또는 그에 수반되는 통상적인 활동을 하는 과정에서 이러한 업무에 기인하여 발생한 재해를 말한다. (...) 일반적으로 출·퇴근 방법과 경로의 선택이 근로자에게 유보되어 있어 통상 사업주의 지배·관리 하에 있다고 할 수 없고, 산업재해보상보험법에서 근로자가 통상적인 방법과 경로에 의하여 출·퇴근하는 중에 발생한 사고를 업무상 재해로 인정한다는 특별한 규정을 따로 두고 있지 않은 이상, 근로자가 선택한 출·퇴근 방법과 경로의 선택이 통상적이라는 이유만으로 출·퇴근 중에 발생한 재해가 업무상의 재해로 될 수는 없다. (대법원 2007. 9. 28. 선고, 2005두12572 판결 다수의견)

이러한 다수의견의 이른바 ‘해석’에 대해서 반대의견은 출·퇴근 행위는 업무와 밀접불가분의 관계에 있는 행위이기 때문에 사업주의 지배·관리 하에 있고 따라서 합리적인 방법과 경로에 의한 출·퇴근 행위 도중 발생한 사고는 업무상 재해에 해당하는 것으로 ‘해석’함이 타당하다고 비판하



였다<sup>377)</sup>.

“근무지나 출·퇴근 시각은 근로자가 자유로이 정할 수 있는 것이 아니고 오로지 사업주의 결정과 방침에 구속된다. 즉 근무지는 이미 정해져 있는 것이며 출·퇴근 시각 또한 사업주가 일방적으로 결정한 것에 따라야 하는 것이다. 또한, 이러한 출·퇴근 행위가 사업주의 지배·관리하에 있는지 여부는 규범적으로 파악되어야 할 것이지, 당해 행위가 사업장 안에서 이루어진 것인지 사업장 밖에서 이루어진 것인지 하는 단순한 물리적·공간적 요소에 의해 평가될 것은 아니라 할 것인바, 출·퇴근 행위 역시 업무와 밀접불가분의 관계에 있는 행위인 이상, 사업장 밖에서 이루어지는 행위라 하여 사업주의 지배·관리하에 있음이 부정될 수는 없는 일이다.”

특기할 만한 사실은, 법원은 해당 판결에서 법문언의 의미를 해석·확정하는 기준이 단순히 문리 해석에 제한되지 않음을 분명하게 밝히고 있다는 사실이다. 법원이 찾아낸 일련의 법적 논거들(the set of legal reasons)은 어떠한 결과를 정당함에 불충분하거나, 오히려 반대로 그러한 일군의 논거들이 여러 대안을 충분히 정당화할 수 있는 경우, 일련의 법적 논거들은 개별 사안에 있어서 단 하나의 결과만을 선택적으로 정당화해 주지 못하는 경우가 있다. 일련의 법적 논거들은 중요하거나 해결이 어려운 경우에는 단 하나의 결과만을 선택적으로 정당화해주지 못하는 경우가 존재한다<sup>378)</sup>.

---

377) 대법원 2007. 9. 28. 선고, 2005두12572 판결 반대의견 판시사항

또한 상기 이유 외에도, 반대의견은 공무원이 출퇴근 도중 당한 재해가 보상이 되는 반면 일반 근로자의 출퇴근 재해가 보상의 대상이 되지 않는다면 위헌의 소지가 있음을 함께 지적하였다.

378) 안성조, 법적 불확정성과 법의 지배, p.67

“... 법에 특유한 불확정성의 원인은 다음과 같다. 첫째 기본적으로 법적 근거들(legal resources) 간에는 상호 모순과 충돌이 존재하며, 따라서 그로부터 도출되는 결론 역시 상충할 수 있기 때문에 불확정성이 발생하게 된다. 그렇기 때문에 어떠한 법적 결론도 그러한 법원들로부터 도출될 수 있게 된다. ... 다음으로 법에 특유한 불확정성의 두 번째 원인으로서는 일련의 법적 논거들이 너무 부족하거나 너무 넘쳐난다는 점이 지적된다. 해당 사안에 대한 법적 논거가 부족한 경우, 예컨대 법적 근거가 부족하거나 해석규칙 또는 추론방식 등이 발달해 있지 않다면 법관들은 사법재량을 통해 법외적(法外的) 논거를 동원하여 사안의 해결

사안의 쟁점이 된 것은, ‘업무상 재해’라는 구절의 어의였으나 그러한 어의(語義)를 판단하는 준거로서 사회정책적 배경이 고려되었다. 보충의견은 다음과 같이 ‘단편적 해석’의 결과가 위험할 수 있음을 경계하며 ‘업무상 재해’의 뜻을 새김에 있어서 신중한 접근방식을 취할 것을 요구한다.

“출·퇴근 재해를 업무상 재해로 인정하기 위한 요건을 어떻게 설정할 것인지, 그 보험급여의 수준을 어느 정도로 할 것인지, 재정적 여건을 갖추기 위하여 보험료율은 얼마나 인상할 것인지 등에 관한 종합적인 제도개선이 되기 이전에, 통상적인 출·퇴근 중에 발생한 재해를 원칙적으로 업무상 재해가 된다고 해석하는 것은 산재보험의 재정적 위기를 초래하고 보험료율 인상으로 인한 사업주들의 반발이 예상되는 등 상당한 혼란을 불러일으킬 우려가 있어 오히려 근로자 전체의 공공복리 증진을 저해할 수도 있다.<sup>379)</sup>”

“(…) 사회권적 기본권에 속하는 사항에 관한 법률에 대하여 단편적이고 제한적인 해석을 하는 것은 헌법상의 원칙에 반할 뿐 아니라 헌법에서 규정한 국민의 사회복지를 진정으로 보장·증진시키는 것도 아니며 오히려 그로 인하여 준비되지 아니한 정책을 사회적 대책 없이 맞이하는 혼란을 초래하고, 신속한 보장이 필요한 분야에 대한 적절한 보장을 할 수 없게 만드는 문제점이 있으며, 입법적으로도 모든 사정을 종합하여 신중히 결정하여야 하는 분야를 단편적인 법률의 해석으로 채택하는 것은 더없이 위험하다.<sup>380)</sup>”

---

을 도모하게 된다. 이는 특히 법적 근거가 풍부하게 발달하지 못한 사회에서는 더욱 현저한 특징이라고 볼 수 있을 것이다. 그러므로 이를 극복하기 위해서는 다양한 법적 근거들을 찾아내 법적 논거로 채택할 필요가 있는데, 여기서 하나의 역설이 발생한다. 법적 근거가 풍부해질수록 법관이 원용할 수 있는 법적 근거는 다양해질 것이고 따라서 해당 사안에 적용될 수 있는 단 하나의 법적 근거를 확정할 수 없게 되는 불확정성이 발생하기 때문이다. 즉, 법적 근거가 풍부해지게 되면 판결을 정당화해주는 유일한 근거는 존재할 수 없게 된다는 불확정성에 봉착하게 되는 것이다. 이처럼 법에 특유한 두 가지 불확정성의 발생 원인으로 인해 법적 불확정성은 결코 완전히 제거될 수는 없다.”

379) [다수의견에 대한 대법관 이흥훈의 보충의견]

380) [다수의견에 대한 대법관 안대희의 재보충의견]

이 판결이 드러내는 사실은, 법원이 모호한 법문언의 의미를 해석함에 있어서 불확정이 확정되는 과정에는 문언의 어의(語義) 이상의 요소가 작용한다는 것이다. 산재수급권이 사회권적 기본권이기에 제도적 보장으로서의 산업재해보상보험법을 해석함에 있어서 입법의 목적을 고려해야 한다는 것, 그리고 산재법의 특정 법문언을 해석함에 있어서 해당 문언의 의미는 사회정책적 고려에 의하여 다른 맥락에서 ‘풀이’되거나 혹은 ‘구체적 의미의 충전’이 이루어져야 한다는 것이다.

“산재보험 수급권은 산업재해보상보험법에 의하여 비로소 구체화되는 사회적 기본권으로서 적극적으로 급부를 요구할 수 있는 권리를 주된 내용으로 하고 있기 때문에 그 권리의 구체적인 부여 여부, 내용 등은 필요성이나 정책적 선호도를 따지기에 앞서 무엇보다도 국가와 국민의 경제적인 수준 등에 따르는 재원확보의 가능성이라는 요인 등을 고려하여 결정되어야 한다. 이와 같이 여러 가지 사회정책적 요소를 고려하여 관련 당사자들 사이의 합리적인 의사소통에 의한 조정을 통하여 입법적으로 해결하여야 할 분야에 입법 취지를 넘는 해석을 하는 것은 헌법상의 원칙에 반하는 것으로, 현재 산업재해보상보험법 개정안이 국회 계류 중에 있는 이상, (...) 사회보장적 견지에서 입법에 의하여 그 한계를 설정하는 것이 타당하다<sup>381)</sup>.”

법원은 ‘업무상 재해’ 여부를 판단함에 있어서 단순히 법문언이 사전적(辭典的)으로 지시하는 바를 준거로 삼는 것이 아니라, ‘사회·정책적 요소’를 고려한 판결을 산출하고 있다. 보충의견은 법문언의 개념 범주를 설정함에 있어서 법원이 관련된 정책적 배경을 염두에 두어야 함을 강조한다. 즉, 법문언의 의미 해석은 정책적 고려 및 사회적 맥락에 따라서 그 의미가 제한적으로 ‘축소’될 수도 있고, 과감하게 개념의 외연을 ‘확장’할 수도 있는 것이다.

---

381) [다수의견에 대한 대법관 양승태, 김황식, 안대희의 보충의견]

### 제3항 법원의 헌법적 수권영역

#### 1. 조건부 정당화

법원의 결정에 따른 법의 변화, 즉 새로운 법규범의 생성이 일어나면 그에 대한 ‘정당화’가 당연히 요청된다. 기존의 내용과 대동소이한 판결이 내려지는 경우 그에 대한 정당화 작업은 특별히 요청되지 않는다. 이미 정립되어 있는 규범적 질서, 권원과 권위에 의해서 정당성이 보증되기 때문이다. 그러나 새로운 내용의 법적 결정이 내려지면 그 결정에 대한 정당성에 관하여 의문이 제기될 수 있다. 법의 변화에 수반되는 정당성 확보가 어떠한 방법으로 이루어지는지 역시 검토가 필요한 일이다.

사법부는 법해석의 전문기관이라는 점을 들어 “법은 법원이 안다”와 같은 태도로 정당화 평가에서 자유롭기를 기대할 수는 없다. 그러나 중요한 점은, 법원 결정에 관한 정당화와 의회의 결정에 관한 정당화가 그 본질적 속성에서 다른 것은 아니라는 사실이다. 법원 조직은 조직이 구성된 기반이 입법부와 다르다. 하지만 헌법 기관으로서 의사결정 내용의 자격(qualification)을 보증하는 근거가 헌법의 수권에서 비롯되었다는 점을 생각하면 태생적 측면에서 그 차이는 크지 않다. 법원 및 의회<sup>382)</sup>가 내린 결정은 절대적인 정당화의 대상이 아니라, 조건부 정당화의 대상이다.

입법자와 법학자, 법관, 국민(여론)은 서로 상호영향을 주고받으면서

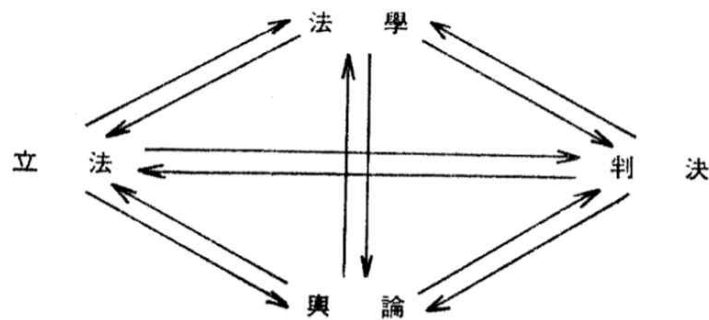
---

382) 존 로크, 강정인·문지영 역, 통치론: 시민 정부의 참된 기원, 범위 및 그 목적에 관한 시론, 까치, 1996, p. 143

“입법권은 일정한 목적을 위해서만 활동할 수 있는 단지 신탁된 권력이므로 입법부가 그들에게 맡겨진 신탁에 반해서 행동하는 것이 발견될 때 입법부를 폐지하거나 변경할 수 있는 최고의 권력은 여전히 인민에게 있다. 왜냐하면 모든 권력은 그러한 목적에 의해서 제한되는 일정한 목적을 달성하기 위해 신탁으로 부여되는 것이기 때문에, 권력이 그 목적을 명백히 소홀히 하거나 위반하면 신탁은 필연적으로 철회되며, 그 권력은 그것을 내준 자들의 손에 되돌아가기 때문이다. 그리고 권력을 회수한 자들은 자신들의 안전과 안보를 위해서 최선이라고 생각하는 곳에 그 권력을 새롭게 맡길 수 있다.

사회를 유지하고 변화시킨다. 이는 다음과 같이 상징적으로 전달할 수 있다.

〈그림 4-2 : 법 획득과 관련된 사회 구성원들의 상호 영향력<sup>383)</sup>〉



법원의 판결은 의회의 입법과 마찬가지로 사회가 추인해야 하는 ‘조건부’ 정당화의 대상이다. 사법부의 재량을 부인할 수 없는 것과 마찬가지로, 사법부의 결정에 대한 의문이 제기되는 것 역시 부인할 수 없다. 양자를 모두 긍정하고 보다 논리적 설득력이 높은 판결을 산출하는 것이 법원의 소임이라고 보아야 한다.

“경험에는 법 획득에 있어서 중요한 의미를 가지는 사회적 사실로서의 일반 공중의 경험적 법적 평가도 포함된다. 사실 ‘권위적인’ 판결에서 법 획득의 불안정은 일단락된다. 재심의 경우를 빼놓는다면 그것은 ‘확정력’도 갖추고 또 강제집행의 온갖 제도도 마련하고 있다. 그러나 법 획득에의 탐구가 여기에서 성공적으로 끝난다고 믿는 것은 잘못이다. 판결은 구체적 절차에 대해서 최후의 말일지 모르나, 그 곳에서 노출된 추상적 ‘법문제’에 대해서 그런

383) 심헌섭, “법 획득방법의 기본구조에서 본 법학과 법실무”, 1982, p.44에서 인용  
 “우리는 법 획득의 전제에 대해 정보를 제공할 수 있는 네 개의 주체를 발견하였다. 즉, ① 법률을 가진 입법자, ② 해석서를 가진 법학자, ③ 판결을 내리는 법관, ④ 법적 견해를 가진 국민이 그것이다. 이들 넷은 서로 영향을 주고받는다. 물론 그 강도에 있어서 모두 같은 것은 아니다. 어떤 시대에는 공중이(말하자면 관습법), 어떤 시대에는 학설이(말하자면 학설법 내지 법률가의 법), 어떤 곳에서는 판결이(말하자면 판례법), 어떤 곳에서는 법률이(말하자면 성문법) 우위에 선다. 그러나 결코 어떤 것도 법 획득에 완전히 배제되지 않고 협력하고 있는 것은 의심할 수 없다.”

것은 아니다. 판결은 다시 비판 밑에 서지 않을 수 없다. 우리는 판결 ‘후에’ 비로소 학문적 논의가 불붙기 시작하는 것을 본다. 그러나 드디어는 모든 국가 권력의 출처인 일반 공중의 심판정 앞에 서게 되는 것이다. 더욱이 재판은 공개적이기에 말이다. 오늘날 여기에는 신문, 텔레비전 등 막강한 여론 형성의 매체마저 갖추어져 있다. 법적 문제라고 해서 전문가만 말할 수 있는 것은 아니다. (...) 국민의 ‘법적 확신’도 이렇게 생기는 것이다. 누구나 근거 없이 부당하게, 다시 말해서 불평등하게 취급된다거나 인간적 대우를 받지 못하면 반항한다. 말하자면 인간에는 근원적인 ‘법감정’이 자리 잡고 있다. (...) 그래서 ‘정법(正法)’과 ‘정의(正義)’에 대한 징표들은 내용적으로 서로 심각하게 충돌하고 있는 것이다.<sup>384)</sup>

이는 법의 효력 근거를 설명함에 있어서, 사회적 효력으로서의 실효성에 그 중점을 두는 분석에서도 의의가 드러난다. 실효성이 결여된 법규범은 사회적 수용성 부족 때문이다. 사회 일반의 구성원들이 해당 규칙을 법으로 받아들여지지 않는다면, 즉 사회적 실행이 궁극적으로 보장되지 않는다면, 법의 지위를 누리기 어렵다. 즉, ‘조건부 정당화’가 완전한 정당화에 실패한 경우라고 할 수 있다.

법학적 효력 개념의 대상은 법적 효력이다. 하나의 규범체계 또는 규범이 어떠한 사회적 효력도 갖지 않는다면, 즉 사회적 실효성을 조금도 발휘하지 않는다면, 그러한 규범체계 또는 개별규범은 법적으로도 효력을 갖지 않는다. 따라서 법적 효력 개념은 사회적 효력을 반드시 포함한다. 법적 효력 개념이 단지 사회적 효력의 요소만을 포함한다면 실증주의적인 법적 효력 개념이 문제되고, 법적 효력 개념이 도덕적 효력의 요소도 포괄한다면 비실증주의적인 법적 효력 개념이 문제된다.

실증주의적 개념으로서 법적 효력 개념을 완벽하게 구성하려면 사회적 효력의 요소를 포함해야 하고, 비실증주의적 개념으로서 법적 효력 개념을 완벽하게 구성하려면 사회적 효력과 도덕적 효력의 요소를 포함해야 한다. 그

---

384) 심헌섭, “법획득방법의 기본구조에서 본 법학과 법실무”, 서울대학교 법학, 제 23권 제1호, 1982, p.43

렇다고 해서 좁은 의미의 법적 효력 개념을 배제하는 것은 아니다. 좁은 의미의 법적 효력 개념이란 오로지 법적 효력의 독특한 성격에 관련될 뿐이고, 따라서 사회적 효력개념 및 도덕적 효력 개념에 대하여 대비 개념을 형성하는 법적 효력 개념을 말한다.<sup>385)</sup>

어떠한 법률이 규정에 맞게 제정되었을 때 - 권한 있는 기관에 의해 제정되고, 그 내용이 상위법에 저촉되지 않을 때 - ‘좁은’ 의미의 효력을 가질 수는 있으나, 사회적 실효성의 획득이 그만으로 보장되지는 않는다. 따라서 이러한 법률의 실효성을 감안할 때, 판결의 조건부 정당화와 법률의 조건부 정당화는 모두 같은 과제를 공유하고 있음을 인지할 필요가 있다<sup>386)</sup>.

## 2. 기관 간 협업

입법부와 사법부의 관계는 그 성격 - 능동성과 수동성 - 으로 인하여, 상하위계와 복속의 관계라고 오인되는 경우가 종종 있다. 그러나 헌법수권기관으로서 사법부는 입법부, 행정부와 협력 관계에 있다. 따라서 사회의 유지와 헌법적 질서의 구현에 있어서 법원은 일축을 담당하며 다른 기관들과 유기적 협업을 수행해야 한다.

법원이 사회적 기능을 수행함에 있어서의 태도 - 적극성의 정도 - 는 다른 헌법기관들이 수행하는 역할에 대한 평가와 연계된다. 사법자제주의(judicial restraint)와 사법적극주의(judicial activism)는 법원의 기능만을 놓고 판단하는 것이 아니라, 다른 헌법기관들의 기능·역할에 관한 평가와 함께 판단해야 한다. 만약 다른 기관들의 기능과 역할을 보다 강조

385) 로버트 알렉시 著, 이준일 譯, 법의 개념과 효력, 2007, pp.125-126

386) 박철, 법률의 문언을 넘은 해석과 법률의 문언에 반하는 해석, p.215, (2003)

: “따라서 현실적으로 볼 때 어떤 법률해석의 정당성은 논증에 의하여 획득된다고 할 수 있으며, 논증의 성공 여부는 사회적·제도적 장치를 통한 합리적 판단에 따르므로 정당성의 궁극적인 근거는 사회의 합리적 판단(법적 합리성에 관한 판단)에 있는 것이라고 설명할 수도 있지 않을까 생각된다.”

한다면 법원은 소극적이고 신중한 자세를 취한다. 또한 의회의 기능 수행에 대한 신뢰의 수준 역시 법원의 태도를 결정하는데 영향을 미치게 된다.<sup>387)</sup> 입법부의 전문성 부족으로 법의 완결성이 부족해지는 결과를 낳고 그로 인하여 법의 흠결이 자주 발생하게 되는 경우라면 법원은 보다 능동적인 입장을 취하게 될 것이다.

또한, 단순히 헌법의 기획에 따른 ‘권력의 분산’에 그치는 것이 아니라, 권력 상호 간의 ‘견제와 균형’이라는 측면에서 법원이 일정한 기능을 담당해야 할 필요성이 존재한다. 또한 행정부의 기능이 더욱 확대되어 행정국가의 경향이 뚜렷한 현대 사회의 특성을 생각하면, 법원의 기능 삼권분립의 유지를 위하여, 증대된 의회 및 행정의 기능에 상응하게 강화되어야 한다는 접근도 가능할 수 있다.

국가 공권력기구로서 법원은 헌법을 ‘해석’하는 기구이다. ‘헌법 해석’의 또 다른 표현은 ‘정책’적 판단이다. 이러한 차원에서 ‘사법재량’의 목적이 무엇인지를 따져보아야 한다. 사법기구가 헌법을 해석하는 순간, 이미 실질적 입법 기능을 담당하고 있다. 하지만 헌법에 따라서 방향성과 판단의 범위가 예정되어 있고, 예측가능성의 수준이 합리적으로 보장되어 있다. 구체적 지시가 없이 추상적인 방향으로 이루어진 헌법적 질서가 무엇인지 법원이 판단한다는 것은 결국 어느 정도 정책적 판단이 수반됨을 의미한다.

법원은 추상적인 ‘헌법’을 해석하고, 법원리(法原理)와 신의칙(信義則), 조리(條理)를 근거로 판단을 내린다. 정책적 판단이 개입할 수밖에 없다. 헌법 제103조<sup>388)</sup>가 말하듯이 법관이 헌법과 법률 그리고 직업적 양심에 따라서 판단한다는 것, 다시 말해 헌법의 관점에서 판단한다는 것은 결국 법원이 순수한 법리적 판단만을 하기는 어렵다는 점을 의미한다.

법원이 행하는 법형성의 초석을, “법관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판한다”라는 헌법 제103조의 ‘양심에 따른 재판’에

387) 권영준, “민법학, 개인과 공동체, 그리고 법원”, 2015, pp. 1442-1443

388) 제103조: 법관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판한다.



서 찾기도 한다. 다음의 글이 설명하는 ‘직업적 양심’의 기능은 자연법적 정의가 수행하는 기능과 유사한 역할을 통해 헌법질서에 합치하는 해석을 위하여 실정법으로부터 일정한 자유를 부여한다.

헌법 제103조는 “법관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판한다”고 말한다. (...) 첫째, 법관이 재판을 할 때 실정법적 근거로 삼아야 하는 것은 법률뿐만 아니라 헌법이 되어야 한다는 점이 법률에 반하는 법형성의 근거가 될 수 있다. 이를테면 특정한 법률이 형식적·절차적으로는 문제가 없지만 내용적인 면에서 헌법에 위반된다면, 법관은 해당 법률이 헌법에 위반된다는 점을 이유로 하여 이를 배척하고 달리 판단할 수 있다. 이 점에서 헌법 제103조는 실질적 법치주의 또는 헌법적 법치주의를 실정화한 것이라고 볼 수 있다. 또한 헌법 제103조는 법관에 대한 헌법합치적 해석명령을 제도화한 것이라고 말할 수 있다.

둘째, 법관이 양심에 따라 재판을 해야 한다는 점은 법률에 반하는 법형성을 실정법으로써 정당화하는 데 결정적인 역할을 한다. (...) 이에 따르면, 헌법 제103조가 규정하는 “직업적 양심”은 헌법이나 법률과는 구별되는 ‘정당한 법’, 즉 법관의 객관적·직업적 관점에서 본 ‘정의로운 법규범’을 의미한다. 전통적인 자연법론이 말하는 자연법이 바로 여기에 속한다. (...) 헌법 제103조가 말하는 직업적 양심은 실정헌법이나 실정법률을 넘어서는 그 무엇으로서 내용적으로 정당한 것을 담고 있는 법적 원리나 가치, 규범 등을 뜻할 수 있다는 것이다. 그러므로 법관은 제103조에 따라 실정헌법과 법률, 그리고 정당한 법규범에 구속되어 법적 판단을 해야 한다. 이에 의하면, 법률구속이념이란 정당한 법과 헌법 그리고 법률에 법관이 구속되어야 한다는 것으로 재해석할 수 있다<sup>389)</sup>.

헌법적 차원에서 사법작용을 바라볼 때, 법률에 반하는 법형성은 원칙적으로 허용되며, 법원은 헌법 제103조에 의하여 헌법질서에 합치하는 판단과 결정을 하여야 한다.<sup>390)</sup>

389) 양천수, “법률에 반하는 법형성의 정당화 가능성”, pp. 129-131

390) 양천수, 법률에 반하는 법형성의 정당화 가능성, p.135

## 제 5 장 법원리를 활용한 논증

### 제 1 절 Deus Ex Machina

#### 제1항 법원리의 추상성과 내용 충전(充塡)

##### 1. 법원리의 추상성

법원리가 뜻하는 바는 추상적이고 모호하다. 지시하는 내용이 명료하지 않기 때문에 구체적인 상황에 따라 그 뜻풀이가 가변적일 수밖에 없다. 그 추상성으로 인하여 당연히 구체적 판단 내용이 이리저리 옮겨 다니는 모습을 보이게 된다. 따라서 이러한 법원리가 ‘사회적 사실’로서의 법이라고 할 수 있는지 검토할 필요가 있다.

법원리가 법규칙을 계도(啓導)한다는 의미는 법원리가 그 실체가 확실하지 않은 규범이라는 뜻이기도 하다. 어떠한 법원리의 의미를 설명함에 있어서 필수불가결한 고정불변의 구성내용을 확정지을 수 없다는 점에서 법원리의 구체적 실질은 존재하지 않는다고 평가함이 적합하다. 사회적 정의, 공정과 타당, 형평의 관념 등 고도의 추상적이고 상징적인 언표로 구성된 법원리는 특정한 결론을 ‘지시’하는 기능을 하기에는 구체성과 실체성이 극히 부족하다. 어떠한 특정 사안에서 법원리는 적용될 수도 있고 되지 않을 수도 있다. 또한 적용된다고 하여도 그 결과에 대한 예측 가능성이 현저히 낮다.

예를 들어, 법원 판결문에 흔히 등장하는, “통상의 법 감정과 합리적 상식”이 구체적 사안에서 정확하게 의미하는 바가 이견 없이 밝히기는 어렵다. 왜냐하면 같은 사안을 두고 다수의견과 반대의견이 말하는 ‘공평

과 정의의 관념'은 서로 제각기 다른 내용을 취하고 있기 때문이다. 합리적 상식에 따라서 결정이 내려졌다고 할 때, 그 결정이 비합리적이거나 비상식적이라는 점을 조목조목 논박하기란 어렵다.

이처럼 추상적 언표 때문에 구체적인 사안에서 선량한 풍속과 사회질서, 현저한 공정에 부합하기 위한 '정합적(整合的) 해석'이 어떠한 판단 결과를 도출할 것인지 예견하기 어려우며, 그를 법적으로 가능한 조건하에서 얼마나 최적화하여 실현하는 것이 어떠한 형태와 양상을 가질 것인지에 관하여 이견이 존재하지 않을 수는 없다.

드워킨은 여러 법원리를 함께 검토하면 일정한 결과를 도출할 수 있다(A set of principles can dictate a result)라고<sup>391)</sup> 하였으나, 법원리의 추상성으로 인하여 드워킨이 말한 바와 같이 여러 법원리를 함께 검토하는 경우에도 자동적으로 결과가 현출되는 것은 아니다. 다만 일군의 법원리를 고려하는 과정에서 '종합적' 사고의 요청이 더욱 커진다.

법원리의 높은 추상성으로 인하여, 법 현실에서 '법원리 정합적' 해석이 - 다른 과정이나 작동 기제를 수반하지 않고 - 곧바로 직접적인 영향력을 발휘한다고 보기는 어렵다. 라즈(Raz)는 법원리의 추상성이 '특정한 목표와 가치'와 결합하기 용이하다고 한다. 이처럼 특정 목표 및 가치와 결부하기 수월한 법원리는 그 유연한 성격으로 인하여 정책적 판단과 연계된다.

“법원리는 매우 추상적인(highly unspecific) 내용을 말하고 있기 때문에 법규칙에 비해서 모호하고 불확정적(more vague and less certain)이다. 이를 다른 한편에서 관찰하자면, 법규칙이 개별 사안에 적용되는 구체적이고 특정한 요건을 실시하고 있음에 반하여 법원리는 [그러한 추상성으로 말미암아] 일반적인 목표와 가치를 법적인 판단 안에 결부시키기에(suitable for incorporating into the law very general goals and values) 매우 적합하다<sup>392)</sup>.”

391) Dworkin, 'The Model of Rules', Chicago Law Review, (1967)

392) Raz, Legal Principles and the Limits of Law, p.842

라즈가 설명하는 법원리의 특성은, 법원리가 다른 규범과의 논리적 관계를 통해서 “간접적으로 영향을 미친다(indirectly through their logical relations with other laws which are norms)”고 하는 것이다<sup>393)</sup>. 추상적인 논거는 그 추상성으로 말미암아 법원이 문제사안에서 구현하고자 하는 ‘목표’, 혹은 법원이 추구하는 ‘가치’와 결합하기 쉽다. 따라서 법원은 특정 사안에서 목표 내지 가치를 염두에 둔 판단을 내림에 있어서 법원리에 의거하여 그와 결합한 것으로 인정하는 가치 내지 목표에 부합하게 특정한 판단을 도출한다.<sup>394)</sup>

예컨대 우리 민법전을 펼쳐서 확인되는 여러 법명제 내지 법규범 중 두드러지게 ‘추상적’인 조문을 고르자면, ‘선량한 풍속과 사회질서’를 말하는 민법 제103조<sup>395)</sup>와 ‘현저한 공정’을 말하는 제104조<sup>396)</sup>의 내용은 추상성의 수위가 높다. 해당 조문은 특정한 요건이 분명하게 구비된 법규칙이 아니라 법원리를 말하는 법률이라고 할 수 있다.

민법 제103조와 104조는 성문 실정법인 민법전에 수록되어 있기는 하지만 그 자체로서는 특정한 내용을 지시하거나 내포하지 않고, 법관의 논증에 일정한 지시를 내리는 것이 아니라 판단의 고려요소, 즉 보조적 지침을 제공하는 조문이라고 할 것이다. 민법의 다른 조문들은 실체적인 내용을 지닌다는 점에서<sup>397)</sup>, 민법 제103조와 제104조는 그 실질이 공허

393) Raz, 전거서, p.835. Raz는 법원리는 법에 속하기는 하나, norm처럼 직접적인 효력을 지녔다기보다는 그러한 법명제와 결합함으로써 사람들에게 효력을 발휘하는 간접적인 특성을 가진다고 본다.

394) 해당 판결에서 ‘법원리’라는 논거로 옹호되는 내용을 수궁하기 어려운 입장에서는 법원의 결정에 수상한 논거가 활용되었다고 - 그 수상한 논거가 ‘법원리’라는 이름으로 등장하였다고 - 생각할 것이다.

395) 민법 제103조(반사회질서의 법률행위) 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위는 무효로 한다.

396) 민법 제104조(불공정한 법률행위) 당사자의 공박, 경솔 또는 무경험으로 인하여 현저하게 공정을 잃은 법률행위는 무효로 한다.

397) 예컨대 기산점(민법 제156조 내지 제160조)의 확인, 주물과 종물의 처분(민법 제100조), 상속의 순위(민법 제1000조) 등 권리 행사의 내용과 절차에 관한 실체적 내용이 규정되어 있다.

(空虛)한 조문이라는 평가 역시 가능하다. 특히 민법 제103조 및 제104조의 일반 조항을 판단의 근거로 삼는 경우, ‘일반 조항으로의 도피<sup>398)</sup>’를 통해 법적 안전성을 훼손시킬 수 있다는 우려 역시 존재한다.

다시 말하여, 해당 조문들은 법원리의 ‘존재’를 분명히 환기하는 조문 이기는 하지만 법원리가 ‘실정법 체계 내부에 존재’한다는 것을 확인하는 조문은 아니다. 사회의 도덕적 가치를 전달하는<sup>399)</sup> 해당 조문들이, 보다 구체적인 법규칙의 타당성과 효력을 상실하기 위해서는 법원의 판단이라는 작동 기제가 필요하지 그 자체로 법규칙의 효력에 직접적인 영향력을 행사한다고 보기는 어렵다.

앞 장에서 밝히 바와 같이, 법규칙과 법원리의 관계는 정도(degree)의 차이가 있는 연속적인 관계(continuum)에 놓여 있다. 따라서 법원리의 개념적 층위는 다양하다고 볼 수 있다. 그러한 점에서 법원이 ‘법원리’라는 비어있는 매개체 안에 구체적·실질적 내용을 충전(充填)한다는 것은 다소 과도한 주장에 속한다. 또한 ‘법원리’의 사유는 분명히 지향하는 바가 있다. 법원리의 내용이 추상적이기 때문에 그 실질이 공허(空虛)하다 하였는데, 아무리 추상적이라 해도 내용은 분명하게 존재한다. 법원리가 정말로 내용상 공허하기만 하다면 향도적 기능을 할 수 없기 때문이다.

하지만 논변의 구성을 위해서 법원리 중에서도 가장 극단적인 성격을 갖는 법원리를 상정하여 추상성과 불확정성을 강조하였다. 법원리의 내용적 실질이 공허하다는 것은, 법원리의 높은 추상성으로 인하여 규범 밀도(normative density)가 현저히 낮다는 것을 부각시키기 위함이다.

이러한 법원리는 법명제의 요건과 효력이 정확한 법규칙과 비교할 때,

---

398) 김형배, 민법학 강의 제9판, p.134

399) 이에 관해서 보다 정확한 설명을 부연하며, 예시한 민법 제103조와 제104조가 도덕적인 가치를 그 자체로서 ‘내포’하거나 ‘함유’하고 있는 것은 아니다. 민법 제103조와 제104조는 법행위와 그에 관한 판단이 법체계가 작동하고 있는 사회의 ‘선량한 풍속과 사회질서’ 그리고 ‘공정’과 연계되어 있다는 의미를 전달하는 ‘전달’의 역할을 할 뿐이다. 즉, 해당 조문 안에서 ‘내재적’으로 발견되는 도덕적 가치를 확인할 수는 없으며, 이 두 조문은 법과 도덕, 내지는 법과 사회적 가치가 연관이 있음을 말하는 형식적 연결자로서 기능한다.

그 지시 내용의 불확정적이므로 사법재량의 여지가 커진다. 낮은 규범 밀도는 더욱 넓은 사법재량의 여지를 의미한다. 즉, 법원이 문제사안을 해결하기 위하여 법규칙을 적용하는 경우 사법재량이 작용될 여지가 극도로 낮은 반면, 법원리를 적용하는 경우에는 사법재량이 증대된다. 추상적 법원리의 내용은 불확정적 지시이므로, 그러한 법원리의 지시를 문제사안 해결에 가장 적합한 확정적 ‘지시’로 변환하는 과정에서 법원은 재량을 발휘하게 된다.

## 2. 법원리의 비판과 향도 기능

법원리는 실정법에 대한 비판과 향도의 기능을 수행한다. 이러한 측면에서 라즈는 법원리의 해석적 기능이, 법해석 작업에서 가급적 법원리에 합치되는 법해석을 하여야 한다는 점에서 법원리의 해석적 기능을 설명한다<sup>400)</sup>. 라즈는 법해석의 근거로서의 법원리가 지니는 의의를 분석함에 있어서, 유사한 법규칙을 이질적인 법원리에 근거하여 해석함에 따라서 전혀 다른 해석 결과가 나올 수도 있음을 강조하였다. 라즈는 그러한 예를 특정하지는 않았으나, 거의 같은 내용을 가진 법규칙이 서로 다른 법체계에 각각 존재하는 경우, 해당 법규칙의 해석은 상이한 법원리를 적용함에 따라서 크게 달라질 수 있다고 말한다<sup>401)</sup>.

법원리의 향도적 성격은, 라즈가 정리한 법원리의 역할 중 ‘유일한 근거로서의 법원리’를 설명하는 이유가 된다. 법원리는 행동과 판단의 지침으로 활용되기 때문에, 라즈가 다음과 같이 정리한 바와 같이 법원리가 판결의 유일한 근거로서 작용하는 경우도 존재한다.

400) Raz, Legal Principles and the Limits of Law, p.839

“대부분의 경우 다른 조건이 동일하다는 여건에서, 법원리에 부합하는 법이 그렇지 않은 법보다 낫다는 인식은 강하게 공유된다.”

401) Raz, Legal Principles and the Limits of Law, p.840

법원리가 수행하는 중요한 기능은 서로 상이한 법체계를 비교함으로써 알 수 있을 것이다. 거의 유사한 내용의 법규칙이 서로 다른 법체계에 각각 존재하는 경우, 어떠한 법원리에 근거하여 그 법규칙을 해석하느냐에 따라서 해석 결과는 매우 달라질 수도 있기 때문이다(because they apply different principles for their interpretation).

“[이러한 경우] 법원 판결의 근거는 오로지 법원리에 전적으로 의거하여 이루어진다(The whole area of sentencing is governed almost exclusively by principles). 공무 담당자들과 행정기구도 법원리에 따른 이러한 유형의 결정방식에 많은 영향을 받고 있다. 법은 행정기구에 일정한 권한을 수여하고 해당 공적 권한을 일반 원칙(general principles)들과 조화하는 정책적 목표(policy goals)를 이루기 위하여 사용할 것을 지시한다. 이러한 경우 재량권의 행사는 법규칙이 아니라 법원리에 의하여 향도된다.<sup>402)</sup>”

이처럼 행동과 결정의 유일한 근거로서 법원리가 주어지는 경우를 입법적으로 대응하는 것은, 많은 법률에서 발견되는 목적 조항이라고 볼 수 있다<sup>403)</sup>. 기본법의 목적 조항들을 적용을 위한 구체적 법률요건이 없고 그 내용이 추상적이어서 법률 효과를 발생시키지는 않으나, 적용할 구체적인 규정이 없는 경우에는 목적 조항의 입법 취지를 구현할 수 있는 방향으로 판결을 내리게 된다.

---

402) Raz, p.842

403) 고용정책기본법, 환경정책기본법, 물류정책기본법 등의 여러 법률은 다음과 같이 제1조의 목적 조항에 법제의 취지와 구현 목표 등을 상술한다.

- : **고용정책 기본법 제1조(목적)** 이 법은 국가가 고용에 관한 정책을 수립·시행하여 국민 개개인이 평생에 걸쳐 직업능력을 개발하고 더 많은 취업기회를 가질 수 있도록 하는 한편, 근로자의 고용안정, 기업의 일자리 창출과 원활한 인력 확보를 지원하고 노동시장의 효율성과 인력수급의 균형을 도모함으로써 국민의 삶의 질 향상과 지속 가능한 경제성장 및 고용을 통한 사회통합에 이바지함을 목적으로 한다.
- : **환경정책기본법 제1조(목적)** 이 법은 환경보전에 관한 국민의 권리·의무와 국가의 책무를 명확히 하고 환경정책의 기본 사항을 정하여 환경오염과 환경훼손을 예방하고 환경을 적정하고 지속가능하게 관리·보전함으로써 모든 국민이 건강하고 쾌적한 삶을 누릴 수 있도록 함을 목적으로 한다.
- : **물류정책기본법 제1조(목적)** 이 법은 물류체계의 효율화, 물류산업의 경쟁력 강화 및 물류의 선진화·국제화를 위하여 국내외 물류정책·계획의 수립·시행 및 지원에 관한 기본적인 사항을 정함으로써 국민경제의 발전에 이바지함을 목적으로 한다.

## 제2항 판결에 등장하는 법원리의 실제

### 1. 우리나라 판결에 등장한 법원리

우리나라 법원에서는 ‘법원리’를 판결문에 어떠한 방식으로 등장시키는지를 검토한 결과, 판시사항에 ‘법원리’가 등장하는 국내 판결은 총3건, 판결요지에 ‘법원리’가 등장한 판결은 총 17건이 존재함을 확인하였다<sup>404)</sup>.

그 중 판시사항에 ‘법원리’가 등장하는 판결 3건<sup>405)</sup>의 구체적 내용을 살펴보면, 실질적인 내용을 지시하고 있다기보다는, “사법의 규정 내지 법원리<sup>406)</sup>” 또는 “한국법 및 일반 법원리<sup>407)</sup>”라는 표현을 통해 사안과 관련된 제반의 법적 기준을 총칭하는 의미로 사용되었다. 즉, 지금까지 판결문의 판시사항에서 등장한 법원리는 어떠한 실질적 내용을 지시하기보다는 법적 기준을 총체적으로 일컫는 것 외에는 새로운 내용을 구체적으로 말하고 있지 않았다.

판결문에서 법원리가 등장하여 법적 기준의 총화를 의미하는 경우, 빈번하게 등장하는 표현은 법원리, 헌법원리, 사법원리, 입법원리 등이었다. 우리나라 법원의 판례에서 법적 판단 기준을 총체적으로 일컫는 경우의 법원리는, ‘사법의 규정 내지 법원리<sup>408)</sup>’, ‘사법원리<sup>409)</sup>’ 혹은 ‘일반 법원

---

404) 2019년 6월 기준, ‘법고을’ 검색 프로그램으로 ‘법원리’라는 표현이 등장한 판결문을 전수 확인한 결과 형식적으로는 총 161건 검색되었으나 ‘파주시 법원리’ 등 지명(地名)이 포함된 판결문도 있어 해당 판결을 제외하면 총 155건이 있다.

405) 대법원 2016.06.10. 선고, 2014다200763/200770판결, 대법원 2011.2.8. 선고, 2010마970 결정, 대법원 2001.12.24. 선고, 2001다30469판결

406) 대법원 2014다200763: 국가계약에 사법의 규정 내지 법원리가 그대로 적용되는지 여부에 관한 판결

407) 대법원 2010마970: 선박에 적재한 화물의 침수로 인한 손해배상채권 관련, 선적국인 파나마와 한국의 법률 중 무엇에 의할 것인지 판단, 2991다30469 : 차관계약의 준거법인 영국법에 관한 자료가 제출되지 않은 경우 한국법과 일반 법원리를 토대로 해당 계약을 해석할 수 있다고 판단한 판결

408) 대법원 2012.12.27. 선고 2012다15695 판결, 대법원 1996.04.26. 선고 95다11436 판결

409) 대법원 2012.06.14. 선고 2010두19720 판결, 대법원 1991.08.13. 선고 90누9414



리<sup>410)</sup>’라는 표현으로 등장하거나, ‘헌법원리<sup>411)</sup>’로 등장하기도 하였다. 특히 ‘사법상의 법원리나 민법의 일반조항<sup>412)</sup>’ 혹은 ‘헌법질서나 기타 법원리<sup>413)</sup>’와 같은 표현은 법원리가 일반·추상적 지침을 의미함을 간접적으로 드러낸다.

우리나라 판례에 등장하는 법원리의 용법은, ①법적 기준의 총화(總和)를 일컫는 대명사, ②내용 강조를 위한 수사학적 사용, ③특정한 방향성 제시의 3 가지로 크게 분류된다.

이처럼 법원리가 법적 기준을 총체적으로 지칭하는 것이 아닌 경우에는 법원의 결정을 강력하게 논변하기 위한 수사학적 구성 요소로서 사용되었다. “정당화할 수 있는 어떠한 법원리도 찾을 수 없다<sup>414)</sup>”라든가, “헌법원리에 위반한 잘못이 없다<sup>415)</sup>”라는 표현, “다른 헌법원리에 반하는 사정도 없으므로<sup>416)</sup>”라는 강조에 사용되었다. 혹은 판단이 합리적인지 여부를 강조하기 위하여, “합리적 근거 있는 차별인가의 여부는 그 차별이 헌법원리에 반하지 아니하면서<sup>417)</sup>”라는 표현처럼 타당한 근거가 있는 판단임을 강조하기 위하여 사용되는 경우도 있다<sup>418)</sup>. 불합리하고 자의적인 것으로서 입법형성재량의 범위를 현저히 일탈한 것인지 여부를 따지는 과정에서 등장하는 논변들이다.

---

#### 판결

410) 대법원 2011.02.08. 자 2010마970 결정, 대법원 2001.12.24. 선고 2001다30469 판결, 부산지법 2009.11.04. 선고 2009가합7536 판결, 서울행정법원 2008.11.25. 선고 2008구합26879 판결, 서울민사지법 1984.04.12. 선고 83가합7051 판결,

411) 헌법재판소 1997.07.16. 선고 96헌가6내지13

412) 서울고등법원 2009.02.10. 선고 2007나72665 판결

413) 서울고등법원 2009.02.10. 선고 2007나72665 판결

414) 대전고등법원 2006.09.06. 선고 2005나5469 판결

415) 대법원 1996.12.06. 선고 95누14770 판결

416) 헌법재판소 2011.12.29. 선고 2007헌마1001, 2010헌바88, 2010헌마173, 191

417) 부산지법 2006.08.17. 선고 2006구합621 판결

418) 재량 및 제한의 비자의성을 강조하기 위하여, “헌법원리에 위배되지 아니하는 한도에서 입법형성의 자유가 있는 영역”이라는 표현이 사용되었다(2011헌바155)

## 2. 법원리의 용례 분류

### 가. 방향성의 지시

우리나라 판결문에서 등장하는 ‘법원리’의 용례는 몇 가지로 구분된다. 우선, 법원리가 단순히 법적 기준의 총화(總和)를 지칭하거나 혹은 결연한 논조를 위하여 수사학적으로 사용되는 경우가<sup>419)</sup> 있다. 하지만 그러한 수사학적 용례만이 아니라 어느 정도의 내용과 실질적 방향성을 가진 바는 다음과 같이 정리된다. 판결문에서 법원리의 구체적 지시 내용이 등장하는 경우는 몇 가지 범주로 분류가 가능하다.

[표 5-1 : 판례에 등장하는 법원리 표현과 용법]

내 용	표 현
적법절차 원칙	“적법절차의 원칙은 독자적인 헌법원리” (서울고법 2010.04.22. 선고 2009나103174 판결)  “적법절차의 원칙을 헌법원리로 수용” <sup>420)</sup>
권리남용 금지	“권리남용금지라는 일반 법원리” (특허법원 2009.02.18. 선고 2007허12961 판결)
신의성실	“자기의 언동을 신뢰하여 행동한 상대방의 이익을 침해하여서는 아니 된다는 법원리” (대법원 1989.11.28. 선고 88누8937 판결)
법치주의	“법적 안정성과 예측가능성이라고 하는 법치주의 법원리” <sup>421)</sup>

419) ‘사법의 규정 내지 법원리’ (대법원 1996.04.26. 선고 95다11436 판결), ‘헌법원리’(헌재 2011.12.29. 선고 2009헌마476 전원재판부 결정), ‘사법원리’(대법원 2012.6.14. 선고 2010두19720 판결, 대법원 1991.08.13. 선고 90누9414 판결), ‘근대 시민법원리’(헌재 2005.11.24. 선고 2004헌바97), ‘신행정수도에 관한 보편적 헌법원리’(헌재 2004.10.21. 선고 2004헌마554·566) 등이 대표적인 사례이다.

혼인과 가족생활의 존엄과 평등 (헌법 제36조 <sup>422)</sup> )	헌법 제36조 제1항은 혼인과 가족에 관련되는 공법 및 사법의 모든 영역에 영향을 미치는 헌법원리 내지 원칙규범으로서의 성격 <sup>423)</sup>  혼인제도와 가족제도에 관한 헌법원리 <sup>424)</sup>
인간 존엄성	인간의 존엄성 존중이라는 헌법원리 <sup>425)</sup>
차별금지	헌법원리로부터 도출되는 차별금지의 명령 <sup>426)</sup>
자유 보장	“결사체의 형성과 조직, 활동에 있어서 자유가 보장되어야 한다는 (...) 중요한 헌법원리” (서울고법 2009.02.10. 선고 2007나72665 판결)
기본권 제한 방법의 적정성	헌법원리에 반하지 않으며 객관적이고 합리적인 (...) 기본권 제한의 방법의 적정성 <sup>427)</sup>
자기 책임	“헌법원리로서의 자기책임의 원리” (헌법재판소 2010.03.25. 선고 2009헌마170 전원재판부 결정)
자유선거 원칙	자유선거의 원칙은 비록 우리 헌법에 명시되지는 않았지만 민주국가의 선거제도에 내재하는 법원리 <sup>428)</sup>
평등선거 원칙	헌법원리인 평등선거의 원칙 <sup>429)</sup>
경제질서	헌법 제119조 이하의 경제질서에 관한 헌법원리 <sup>430)</sup>
사회국가 원리	국민에게 인간다운 생활을 할 수 있도록 하는 최소한의 조건을 마련하여 주어야 한다는 사회국가적 원리 <sup>431)</sup>
지방자치	지방자치를 실질적으로 보장하는 헌법원리 <sup>432)</sup>

이 외에도, 국민은 기본권의 주체라는 기본권 향유<sup>433)</sup>의 원리를 의미하는 경우나, 통치구조로서 민주주의 원리<sup>434)</sup>를 강조하는 경우, “인권 보호를 위해 엄격한 형사사법원리”<sup>435)</sup> 등 기본적 헌법 질서를 강조하기 위하여 ‘법원리’가 사용되었다.

420) 헌재 2010.03.25. 선고 2009헌마170, 헌재 2009.09.24. 선고 2006헌마1298, 헌재 2009.07.30. 선고 2008헌바162, 헌재 2012.12.27. 선고 2011헌바225, 헌재 2009.06.25. 선고 2007헌바25, 헌재 2009.09.24. 선고 2006헌마1298, 헌재 2004.05.14. 선고 2004헌나 등

421) 서울고법 1995.07.25. 선고 94나15358 판결, 서울고법 2011.6.23. 선고 2011노1146, 2011전노138 판결 등

422) (헌법 제36조) ① 혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.

423) 서울행정법원 2008.04.17., 선고 2007아1573 결정, 헌법재판소 2012.05.31. 선고 2010헌바87 결정, 헌법재판소 2008.10.30. 선고 2005헌마1156 결정

424) 인천지법 2004.07.23. 선고 2003드합292, 헌법재판소 2008.11.13. 선고 2006헌바112, 2007헌바71, 88, 94, 2008헌바3, 62, 2008헌가12(병합)

425) 헌재 2010.05.27. 선고 2008헌마491 ; 헌재 2009.11.26. 선고 2008헌마711 ; 헌재 2008.06.26. 선고 2007헌마917 ; 헌재 2008.12.26. 선고 2005헌바34 ; 헌재 2008.11.27. 선고 2007헌바51; 헌재 2007.11.29. 선고 2004헌바39

426) 헌재 2011.11.24. 선고 2009헌바146 ; 서울행정법원 2008.04.17., 2007아1573 결정 ; 헌법재판소 2008.11.13. 선고 2006헌바112, 2007헌바71, 88, 94, 2008헌바3, 62, 2008헌가12(병합), 헌재 2002.08.29. 선고 2001헌바82 등

427) 헌재 2011.12.29. 선고 2009헌마476 전원재판부, 헌재 2011.12.29. 선고 2009헌마476 전원재판부, 헌재 2008.01.17. 선고 2006헌마1075 전원재판부, 헌재 2008.01.17. 선고 2004헌마41

428) 헌재 2009.03.26. 선고 2006헌마526 전원재판부; 헌재 2009.03.26. 선고 2007헌바72, 헌재 2008.10.30. 선고 2005헌바32

429) 헌재 2009.03.26. 선고 2006헌마14 ; 헌재 2009.03.26. 선고 2006헌마188 ; 헌재 2009.03.26. 선고 2006헌마240, 371(병합) ; 헌재 2009.03.26. 선고 2006헌마67

430) 헌재 2011.10.25. 선고 2010헌마661, 헌재 2011.10.25. 선고 2010헌마661

431) 헌재 2008.11.13. 선고 2006헌바112, 2007헌바71, 88, 94, 2008헌바3, 62, 2008헌가12(병합), 헌재 2006.05.25. 선고 2005헌바362

432) 헌재 2007.12.27. 선고 2004헌바98,

433) 헌법재판소 2008.02.28. 선고 2005헌마396 전원재판부

: “국가는 개인의 기본권을 최대한 보장할 의무를 지고, 국민은 기본권의 주체로서 자신의 기본권을 국가권력에 의한 침해로부터 방어할 권리를 (….) 헌법원리”

434) “통치구조의 헌법원리인 민주주의원리”(헌법재판소 2009.06.25. 선고 2007헌마40 전원재판부)

435) 서울고법 1989.06.14. 선고 87나3933

## 나. 결합이 느슨한 대상군(群) 지시

상기와 같이 어느 정도의 방향성을 지닌 용례로서 법원리가 사용되는 경우 외에도, 법원은 법 명제의 형태로 정리되는 과정에 놓여 있는 특정한 내용의 이론을 집약적으로 재언명하는 경우<sup>436)</sup> 등 판결문에서 ‘법원리’라는 표현을 사용하여 법체계의 구성 요소로서 포섭되고 있는 일군의 대상을 지칭하는 경우도 있다.

“노사 대항적 관계의 단체교섭에 있어서 노사 간 힘의 균형을 확보해 줌으로써 집단적 노사자치를 실현한다는 집단적 노사관계법의 기본적인 법원리(헌법재판소 2008.12.26. 선고 2005헌마971,1193,2006헌마198)”

혹은 특정한 법률의 성격 및 입법목적 등을 설명하는 과정에서 입법원리라는 표현을 사용하였거나<sup>437)</sup>, 체계적 논리성을 강조하기 위하여 법원리가 판결에 등장한 경우<sup>438)</sup>도 존재한다.

즉, 법원리가 우리나라 판결에서 사용된 경우 구체적 실질이 명확하게 드러나기 보다는, 수사학적 강조와 특정한 성격을 공유하지만 개념적 결합이 느슨한 대상 군(群)을 문맥에 따라 재언명하는 과정에서 드러나는 경우가 상당수였다. 또한 법원리가 어느 정도의 내용이나 방향성을 드러내는 경우라고 하더라도 헌법질서를 말하기 위한 표현과 전달의 수단으로 사용되는 경우였다. 이처럼 판례의 실재를 볼 때, 법원리의 추상성 및

436) 이러한 법원리는 회계상 부기의 방법에 관하여 새로운 방식을 개발하여 그 해설서적을 발행한 자에게 그 서적상의 예제서식에는 저작권이 인정되지만 그가 새로이 개발한 부기법에 관하여는 공익의 필요에 따라 저작권을 부여할 수 없다는 1880년 베이커 대 셀든(Baker v. Selden) 사건 이래 미국 저작권법상 확립된 이론이다. (서울민사지법 1990.04.19. 선고 89가합39285)

437) 제조물 책임, 제조업자의 고의, 과실에 대한 입증 없이도 손해배상책임을 추궁할 수 있도록 하기 위하여 특별히 도입된 입법원리 : 수원지법 2009.08.20. 선고 2008가합27878 판결

438) 구성원의 개성이 매몰되는 단체법원리 : 2006.04.20. 선고 2004다37775 전원합의체 판결 보충의견 (대법관 김영란 보충의견)

내용의 충전작업이 요청되는 속성을 확인할 수 있다.

### 3. 법원리에 입각한 논증의 방식

법원리가 논증 과정에 활용되는 경우, 법원의 판단 방식은 법규칙을 적용한 법해석 논증과 다른 방식으로 진행된다. 법규칙의 경우, 사안에 적용 가능한 구체적 법률요건을 판별하고 그에 따른 법률효과를 부여한다. 즉, 실정법의 의미를 확정하여 구체적 사안에 적용하는 ‘포섭(subsumption)<sup>439)</sup>’의 방식에 따른 논증이 일차적으로 구성된다. 법규칙 역시도 불확정 개념이 상당 부분 존재하기 때문에 법원리와 마찬가지로의 사고 과정을 거친다. 하지만 포섭을 통해서 논증이 상당 부분 해결된다.

이 경우 법원은 당면 사안과 관련된 모든 제반 요소들을 종합적으로 고려하는 사고를 전개하지는 않는다. 통상 문제되는 중요한 사정만을 전형적인 틀에 따라 추출하고 해당 내용에 대한 범명제 ‘포섭’을 통해 법률요건과 법률효과를 확인한다. 그러나 법원리가 논증에서 사용되는 경우, 법원은 사안과 관련된 제반 사정을 종합적으로 고려하여 구체적 정의를 실현할 수 있는 ‘적합한’ 결정을 내린다. 이 때 법규범 및 사회의 도덕규범과 정책적 고려 등이 다양한 평가지표로서 개입한다.

특정한 법률 내지 법조항이라는 근거로 법원이 판결을 내리는 경우에는, 법적 요건을 확인하고 문제사안의 사실관계가 해당 법적 요건에 포섭되는지 검토하는 작업, 그리고 법적 요건에 따라 주어진 법적 효과가 발생하는 작업이 이루어진다. 이러한 법적 사유에서는 법규범이 먼저이며 그를 적용하는 결정이 이루어진다. 그러나 법원리 - 판결문에 따라 원칙, 법질서, 법체계의 지도이념 등 여러 명칭으로 등장하지만 - 를 근거로 판단을 내리는 경우 법원은 사안에 관련된 여러 가지 요소를 형량하고 고려하여 사안 해결에 적합한 결정을 산출하게 된다. 가장 타당하

---

439) 포섭은 특정한 개념이 일반 개념(generic concept)에 포함됨을 의미한다. 치펠리우스처럼 포섭과 법해석을 동등하게 생각하는 견해도 존재한다.

고 적합하다고 판단되는 결정을 산출한 다음, 해당 결정의 논리적 근거를 법원리로 귀결시키는 작업이 이루어진다.

이 경우 법원의 작업은 문제사안의 제반 여건을 고려한 종합적 사고를 통해 일정한 결정을 먼저 도출하고, 그런 연후에 해당 결정을 지지하는 논소(論素)를 여러 가지 법원리에서 찾는다. 하지만 이들은 판단의 과정에서 자리 잡아 부인할 수 없는 영향력을 행사하였다기보다는 여러 요소를 고려한(all things considered) 결정이 이루어지고 나서 해당 결정의 내용적 타당성과 논리적 뿌리를 찾는 과정에서 사후적으로 등장하는 것이라고 봄이 현실의 법 현상에 관한 보다 정확한 관찰 결과이다<sup>440)</sup>.

법원이 구체적 사안에 적합한 내용을 충전(充填)할 수 있는 법원리가 논증 과정에서 사용되는 경우, 이는 제2장에서 살펴본 형식을 중시하는 사고와 실질을 중시하는 사고 중, ‘실질’을 중요시하는 사고와 맞닿는다.

법적 판단을 도출하기 위하여 추상적인 법원리 혹은 법원칙을 동원하는 법원리 논증을 바라보는 방식에 있어서, 자연법이론과 법실증주의 이론은 그 이해를 달리한다. 그런데 비실증주의 관점에서 볼 때, 법원이 법원리를 활용하여 범형성 결정을 내리는 것은, 해석의 막다른 한계에서 내리는 ‘선택’이 아니다.

법원리와 형량 간의 필연적인 관련성을 주장한 알렉시는 여러 법원리들을 서로 형량함으로써 사안과 관련된 법원리들의 최적화 구현이 가능할 수 있다고 한다. 충돌하는 규범 중 어느 하나의 효력을 훼손해야 하는, ‘어느 하나가 죽어야 다른 하나가 사는’ 법규칙의 충돌과는 달리, 법원리 간의 경합은 형량을 통해서 ‘최적화’의 해결이 가능하기 때문에 양자는 더더욱 차별화된다는 것이다.

흔히 우리가 법해석이라고 부르는 법적 삼단논법이 구성요건과 법률효과로 나타나는 법률개념들의 의미를 풀이하고 해당 사실관계가 그 의미에 포섭되는지를 따진다면, 이익형량은 해당사안과 관련하여 상호충돌하는 법원리

---

440) 법원리 등을 이유로 하는 판결은 명문의 규정을 적용하는 결정보다 예측가능성이 낮아지게 되어 불확실성이 늘어나는 문제점이 있다.

들 각각의 상대적 비중(relative weights)을 측정하여 이들 중에서 어떤 법원리가 적용되어야 하는지를 판정한다<sup>441)</sup>.

즉, 이러한 비실증주의 관점에 의하면, 법형성 판결은 법원이 법원리를 모색함으로써 보다 정합적인 해석을 통해서 법의 이성을 구현하는 것이다. 법원이 법원리 판결을 통해 법의 변화를 가져오는 과정은 ‘더 높은’ 법질서에서의 합치를 모색하면서 자연법을 보다 완전한 형태로 구현함으로써 올바른 답을 찾는 과정이다.

이러한 입장에서 ‘올바른 판단’을 추구하는 법형성 판결은 정책적 고려 또는 선택이라기보다는 우리사회 법질서의 기초가 되는 자연법원리를 모색하는 것이다. 따라서 이 경우에는 법원의 법형성 판결을 순전히 사회적 여건을 고려한 정책적 고려로 환원할 수는 없으며, 해당 판결에서 말하는 사회의 정의와 도덕적 가치는 인간 이성의 보다 완성되고 발전된 단계를 지향하는 내용이다.

하지만 이는 법실증주의 입장에서 보다 간명하고 정확하게 설명 가능하다. 그러나 법실증주의 관점에서 볼 때, 법원이 법원리를 이유로 하는 법형성 결정을 내리는 것은 결정 과정에서 ‘선택’을 - 그러한 선택이 의식적 차원이건 무의식적 차원이건 - 내리는 것이다. 법원이 구체적 법조항이 아니라, 특정 결론을 지시하지 않는 추상적 법원리를 판결 이유로 드는 것은 해당 사안에서 보다 적합한 결정을 산출하기 위하여 정책적 사고를 통해 판단을 내리기 때문이다. 법원이 특정 사안에서 법형성 작업을 하는 이유는 기왕의 완결된 법논리를 동원해서는 사안에 적합한 결론을 도출할 수 없기에 정책적 요소를 고려한 판단을 내리는 것이다. 법원리라는 명목 하에서 법원의 판단 과정에서 문제사안과 결부된 여러 사회·정책적 요인이 고려된다. 주목할 만한 점은, 법원이 논증에서 법원리를 활용하는 경우에는 법규칙의 적용에 앞서는 ‘우선순위’를 보증한 다음 사용한다는 것이다.

---

441) 김도균, 법적 이익형량의 구조와 정당화문제, 2007, p.47



이를 다시 정리하면 법원의 논증이 법체계 내부의 자료만을 활용하는 논증으로만 이루어지는 것이 아니라, 법외(法外)의 논거를 동원하는 방식으로 이루어진다는 것이다. 적합한 결정을 도출하기 위하여 법원은 법체계 내의 성문법만을 준거 규범으로 삼지 않는 논증을 하며, 이는 판례법을 대함에 있어서도 마찬가지이다. 1966년 사법실행 성명(Practice Statement)<sup>442)</sup>은, “너무 경직되게 판례를 고수하면 구체적인 사건에서 부정의로 귀결될 수 있음”을 이유로 제정법이나 정립된 선례에서 이탈하는 것은, 법체계 내부의 자원이 아닌 요소를 판단의 논거로서 활용함에 있어서 타당성을 부여한다. 이 경우에도, “법체계의 안정성을 위하여” 기존 판결들은 통상적으로 구속적이라고 취급할 것이라는 신중한 접근 역시 성문법 규정을 넘어서는 논증을 하는 경우와 유사하게 관찰된다. “유연하게 작용하면서 각 사안의 구체적 타당성을 지향하며, 그 결과 도출된 결론의 선례성에 크게 집착하지 않는 특성”<sup>443)</sup>을 가지는 것은 표준 혹은 법원리를 활용한 판단의 방식이다.

실제 법형성 판결에서 등장하는 원리와 원칙, 법질서를 특정한 법률 내지 구체적 법조항과 동일선상에 놓고 바라보기는 어렵다. 법원리가 거론된 판결에서 법원의 사유 방식은 특정 법조항을 근거로 판단하는 사유 방식과 다른 것으로 이해함이 적합하다.

특정한 문제사안을 해결하는 과정에서 실정법이 아닌 논거를 활용한다

442) “우리 법관들은 판례의 활용이 법이 무엇이고 개별 사건에 적용되면 어떻게 되는지를 판정하기 위한 불가결한 것이라고 여긴다. 그것은 개인들이 자신의 일을 해나갈 때 의존할 수 있는 적어도 어느 정도의 확실성(certainty)과 함께 법규칙의 질서 있는 발전을 위한 기초(a basis for orderly development of legal rules)를 제공한다. 우리 법관들은 그럼에도 불구하고 너무 경직되게 판례를 고수하면 구체적인 사건에서 부정의로 귀결될 수 있고 또한 법의 올바른 발전이 부당하게 제약될 수도 있음을 인정한다. 그러므로 우리는 우리의 현재의 실행을 수정(완화)함으로써, 본 원의 기존 판결들은 통상적으로 구속적이라고 취급하면서도, 그리하는 것이 옳다고 보이는 경우에는 기존의 판결로부터 이탈하고자 한다. 이와 관련하여 우리는 이미 행하여진 계약, 재산처분, 재정협정 등의 기초가 소급적으로 교란될 위험성과 형법상 특히 요구되는 확실성의 요청에 유념할 것이다.”

(1966, 3 All ER 77)” 173 Practice Statement : Judicial Precedent in, J. Martin, *English Legal System*, Routledge, 2014

443) 권영준, “민법학, 개인과 공동체, 그리고 법원”, 2015, p.1452

면, 이는 법체계 ‘외부’의 자원을 현행 법체계 내로 포섭하여 활용한 것이지, 해당 논거가 기존의 법체계 내부에 이미 존재하였던 것은 아니다. 이는 우리 사회의 법체계가 개방적·가변적임을 보여주는 것이기도 하다.

#### 4. 법원리의 실질 결핍과 내용 충전(充填)

법원리는 불확정적이며, 접목되는 사안에 따라 그 내용이 가변적이다. 일반적이고 추상적인 법원리만으로는 특정한 판단을 내리기 어렵다. 법원리는 법규칙을 계도하는 방향등으로서의 역할, 목표를 제시하는 역할을 하고 있으나 구체적 내용을 지시하지 않는다. 법원리가 표상하는 실질적 내용이 무엇인지 곧바로 파악하기란 어렵다.

구체적 사안의 해결을 위하여 등장하는 법원리는 해당 사안에 대한 판단이 요청됨에 따라 맥락에 따른 내용을 가지는 것이지, 해당 사안에서 활용된 법원리의 구체적 내용이 해당 사안의 등장 이전에 선형적으로 존재한다고 보기 어렵다.

따라서 법원리가 현실에서 영향에 발휘하기 위해서는 그 실질을 채우는 작업<sup>444)</sup>, 혹은 ‘내용 충전(充填)’ 작업이 이루어져야 한다. 이를 달리 말하면, 법원리의 구체적 실질은 존재하지 않기 때문에 상황의 맥락에 따라 다른 내용의 충전(充填)이 가능하다는 것으로 정리할 수 있다. “일반조항은 그 조항을 실제로 적용하는 과정에서 비로소 그 내용이 구체화되는데, 이 과정에서 법관의 가치충전(價値充填)<sup>445)</sup> 작업이 이루어진다.”

예컨대 ‘평등’이라는 법원리에 있어서, 미국 헌법에 기재된 평등조항 자체는 200년이 넘게 동일하게 유지되고 있다. 그러나 미국 사회에서 조항의 ‘평등’이 실제로 의미하는 바는 수십 년 이전과 지금의 현실에서 너무나 현격한 차이를 보인다. 이는 “미국 사회, 미국 사회에 있어서의 흑인의 지위가 바뀐” 이유 때문이다<sup>446)</sup>. 이를 두고 다음과 같이 “법원리는

444) 여기서 실질의 결핍은 규칙과의 비교 하에서 상대적 의미의 결핍이다.

445) “민법학, 개인과 공동체, 그리고 법원”, 2015, p.1418

독자적인 실체를 가지지 않는다”라고 평가할 수 있을 것이다.

“해석법학 그리고 일부의 법철학은 법개념이나 법원리가 선재하고 이것이 인간의 구체적 행위를 이끌어낸다는 존재론적 가정을 갖고 있다. 예컨대 법개념으로서의 소유권이라는 것이 이미 존재하고 있기 때문에 나는 타인이 내 소유를 침해하는 것을 배제할 수 있다는 식이다. 또 ”자신의 불법으로부터 이익을 얻을 수 없다“는 법원리가 존재하기 때문에 법관은 피상속인을 살해한 자의 상속권을 박탈하는 판결을 내려야 한다는 식이다. 이런 관념은 개념이나 원리가 실제로 존재하고 있는 듯이 가정함으로써, 실상 이러한 개념이나 원리는 인간 행위자의 현실적 행위에 의해서만 표출되고 확인되고 변형되고 있다는 사실을 상대적으로 무시하고 있다. 모든 법개념과 법원리는 독자적인 실체를 가지지 않는다. 그것은 다만 인간의 행위에 의해서, 인간의 구체적인 의무 부여에 의해서만 잠깐씩 그 모습을 드러내고는 다시 사라지는 것들이다<sup>447)</sup>.

법원리가 현실적으로 확인되는 경우는, 문제사안의 해결을 위하여 일정한 내용을 법원리의 이름으로 지시하는 경우이므로, 법원리는 그 자체로는 고도의 추상적 지침일 뿐, 특정한 사안과 결합하기 이전까지는 구체적 실질이 결핍된다고 볼 수 있다<sup>448)</sup>. 물론, 법원리가 최소한의 내용적 실질은 구비하고 있으나 구체성의 결여는 지시의 불확정성, 즉 넓은 선택 대안의 여지로 이어진다.

하지만 추상적 법원리는 그 내용의 비실체성으로 인하여 역설적으로 현실적 유용성을 가진다고 할 수 있다. 추상적이고 불명료한 법원리를 판단 기준으로 삼는 경우, 어떠한 결정을 내릴 것인지에 관하여 선택의 폭이 넓어진다. 더욱 정확하게 말하자면 법원리를 기준으로 삼고 있기에

---

446) 최대권, 법적 결정과 사회과학, p.56

447) 김도현, 사회학적 법개념에 관한 연구 : 구조 차원과 행위 차원의 법 이중성, 서울대학교 박사학위논문, pp.10-11

448) 요컨대 법원리가 법규칙과 차별화된다는 점에서는 비실증주의 법원리론과 같은 입장을 취하고 있으나, 것처럼 구분 가능한 ‘법원리’의 실체가 무엇인지에 관해서는 전혀 다른 입장을 견지한다.

일정한 ‘선택’이 가능하고 그 법원리의 내용이 추상적이면 추상적일수록 선택의 폭은 더욱 넓어진다. 법원의 판결이 기존의 내용에서 변화하여야 할 때, 그러한 변화가 가능한 동적 활력을 제공하는 것이 법원리라고 볼 수 있다. 즉, 법원리의 고정된 실질이 부족함에도 불구하고 오히려 그로 인하여 법원리가 수행하는 현실적 기능은 뛰어나다.

사안에 적합한 결정을 내리기 위하여 법원은 법원리의 구체적 내용을 충전(充填)함에 있어서 사회적인 가치와 국민의 법감정 등 법체계 외부의 자원을 논거로서 활용하기 때문에, 이는 법원이 어떻게 답을 ‘발견’하는가에 관한 것이 아니라, 어떻게 답을 ‘창안(創案)’하는가에 관한 문제가 된다. 결국 이는 법원리를 활용한 범형성 판결은 사법재량이 행사된 법정책적 판결의 성격을 가지고 있음을 의미한다.

## 제 2 절 법원리를 활용한 논증

### 제1항 라즈의 법원리 기능 분류

#### 1. 라즈의 법원리 기능 분류

상기 검토한 법원리와 법체계에 관한 내용들을 구체적으로 확인하기 위하여, 우리나라 법원이 어떻게 법원리를 활용하였는지 판례를 살펴볼 필요가 있다. 법원의 논변 구성을 분석함으로써 법원리가 실제 법실무에서 어떻게 활용되는지를 확인할 수 있을 것이다.

알렉시나 드워킨과 같은 비실증주의와는 달리, 법실증주의를 대표하는 라즈는 법원리가 비실증주의자들의 주장처럼 법규칙과 질적으로 엄격하게 차별화되는 것으로 여기지는 않았으나, 법원리 ‘기능’에 중점을 두고 법원리의 역할(the role of principles in the law)을 다음과 같이 유형화하고 있다.

〈 Raz의 법원리 역할 분류<sup>449)</sup> 〉

- ① 법해석의 근거로서의 법원리  
(principles as grounds for interpreting laws)
- ② 법변경의 근거로서의 법원리  
(principles as grounds for changing laws)
- ③ 법에 대한 특정한 예외의 근거로서의 법원리  
(principles as grounds for particular exceptions to laws)
- ④ 새로운 규칙을 창설하는 근거로서의 법원리  
(principles as grounds for making new rules)
- ⑤ 특정한 사안에서 행동의 유일한 근거로서의 법원리  
(principles as the sole grounds for action in particular cases)

---

449) Raz, Legal Principles and the Limits of Law, The Yale Law Journal, Vol. 81, pp.839-842

판례 검토에 있어서 법원리의 다양한 역할과 기능을 다음과 같이 분류한 라즈(Raz)의 구분 틀을 활용하여 우리나라 개별 판례들을 보다 체계적으로 확인하고자 한다. 라즈가 위와 같이 정리한 법원리의 기능이 우리나라 판례에서 확인되는 구체적인 사례를 통해, 법원리의 의의와 역할에 관한 보다 정확한 이해가 가능할 것이다.

다만, 라즈의 법원리 분류가 모든 경우에서 상호배타적(mutually exclusive)이라고 보기는 어려우므로, 특정 판결에서 활용되는 법원리의 역할은 라즈가 말하는 다른 역할과 융화(融化)하는 경우도 있다. 예컨대 법해석의 근거로서 법원리가 사용되면서 새로운 규칙을 만드는 기능을 함께 하는 경우도 존재한다.

그리고 국내 대법원 판결을 검토함에 있어서, 법형성 판결을 통한 법원리의 기능을 확인할 수 있는 경우 - ②법변경의 근거, ③특정한 예외, ④새로운 규칙의 창설 - 에 있어서의 법원리 역할에 보다 초점을 맞추어 검토를 진행한다. 또한 법형성 판결에 있어서 법원리가 수행하는 기능을 검토함에 있어서 주로 민사 판례를 중심으로 검토하였다. 민사 분야는 ‘오래된 법률, 추상적 법률, 입법자의 의도가 명확하지 않은 법률’의 성격이 두드러지며, 그로 인해서 대법원이 “다른 법 분야에 비해 민법 분야에서는 문리해석에 대해 비교적 느슨한 입장을 취하는 것”으로 분석되기 때문이다<sup>450)</sup>.

450) 권영준, “민법학, 개인과 공동체, 그리고 법원”, 2015, pp.1448-1449

“법률해석은 언어를 둘러싼 권력, 즉 입법권과 사법권 간의 역할분담과 관련이 있다. 대체로 새로운 법률, 상세한 법률, 입법자의 의도가 명확한 법률, 재판례가 축적되어 있지 않은 법률일수록 법률해석에서 입법권력이 차지하는 비중은 커지게 된다. 반대로 오래된 법률, 추상적 법률, 입법자의 의도가 명확하지 않은 법률, 재판례가 축적되어 있는 법률일수록 법률해석에서 사법권력이 차지하는 비중은 커지게 된다. 이러한 권력 간 역할분담은 법률문언이라는 형식과 이를 둘러싸고 있는 실질 사이의 역할분담과도 연결된다. 일반화하기는 어렵지만, 민법의 해석은 후자에 좀 더 가깝다. 따라서 민법을 주로 다루는 법률가나 법학자는 판례나 학설을 통하여 정립된 법리 체계에 의거하여 해석 작업을 수행하고, 위에서 본 바와 같은 형식과 실질, 문리해석과 비문리해석, 정당한 법률해석과 사실상 이법 사이에서 치열하게 고민하지는 않는 경향이 있다. 그래서인지 우리나라 대법원은 다른 법 분야에 비해 민법 분야에서는 문리해석에 대해 비교적 느슨한 입장을 취하는 것으로 보인다.”

## 제2항 법변경의 근거로서의 법원리

### 1. 법문언의 창조적 풀이

법원의 판결을 통해서 법문언의 의미가 실질적으로 변경되는 경우가 있다. 문언의 의미를 변경함으로써 실질적인 입법을 한 것이다. 그러나 법률구속에서 자유로울 수 없는 법원은 그 경우 ‘법원리’가 지향하는 바를 풀이함으로써 동일한 법조문의 의미 혹은 그 효력발동 요건을 다르게 해석한다.

이처럼 법원의 ‘풀이’를 통한 법변경은, 사회의 변천이나 일반적인 관행이 종종 이유가 되고, 법의 도입 취지와 수범자들의 실제적 행위 등의 변수들이 검토된다. 유명한 어음법, 수표법 판결은 법원이 실질을 위하여 형식적 문언을 변경한 대표적 경우이다.

### 2. 어음법, 수표법 판결

법원리를 활용하여 법변경에 해당하는 결정을 한 대표적인 경우는 발행지가 기재되지 않는 어음 및 수표의 효력에 관한 대법원 판결이다. 대법원은 95다36466 판결과 99다23383 판결에서 구 어음법(제1조, 제2조)과 구 수표법(제1조와 제2호)이 발행지의 기재를 요구함에도 불구하고 거래관행 및 수범자들의 합리적인 기대 등을 이유로 해당 법규정을 무효화시켰다.

‘사회변화’를 이유로 법형성 판결을 내리면서, 법원은 두 차례의 작업을 진행한다. 일단 사회의 관행 등을 들어 특정한 관행(발행지의 기재가 없는 어음과 수표를 통용하는 행위)을 관습법으로 인정한 다음, 해당 관습법으로 성문법을 깨는 판결을 내린다. 어음 판결과 수표 판결에서 우리나라 법원은 관행 내지 관습을 이유로 들어 발행지의 기재가 없는 어음 및 수표의 효력을 인정하였다.

대법원 95다36466 판결은 규정의 ‘취지’와 분쟁이 된 사안의 전체적 ‘맥락’ 등을 이유로 발행지의 기재가 없는 국내 어음이 효력을 가진다고 인정하였다<sup>451)</sup>. “관행에 이른 정도”임을 이유로 성문법의 규정에도 불구하고 국내어음의 경우에는 발행지의 기재가 없어도 무효가 아니라고 판결하였다. 보충의견 역시 어음법의 입법 ‘목적’을 고려할 때, 법의 ‘본질’을 변형시키지 않는 한 시대적 변화를 반영한 해석이 온당하다고 보았다<sup>452)</sup>.

일반적으로 모든 법은 법규정의 본질을 바꾸는 정도의 것이 아닌 한도에서 이를 합리적으로 해석함으로써 뒤쳐진 법률을 앞서가는 사회현상에 적응시키는 일방 입법기관에 대하여 법률의 개정 등을 촉구하는 것은 법원의 임무에 속하는 일이라 할 것이고, 그 뒤쳐진 법규정의 재래적 해석·적용이 부당한 결과를 초래한다는 것을 알면서도 법률 개정이라는 입법기관의 조치가 있을 때까지는 이를 그대로 따를 수밖에 없다고 체념해 버리는 것은 온당치 않은 태도이다. 어음법이 강행법·기술법적 성질을 가지고 있음에 비추어 볼 때 어음법에서 정한 어음요건은 이를 엄격하게 해석함이 원칙일 것이나, 이러한 엄격해석의 요청은 이를 자의로 해석함으로써 어음거래 당사자에게 불이익하게 법률을 적용하는 것을 막자는 데에 있는 것이지 입법취지를 해하지 않는 범위 내에서 합리적으로 해석하는 것까지도 절대적으로 금지하려는 것은 아니다.

---

451) 대법원 1998.4.23. 선고, 95다36466 판결

[다수의견] 어음에 있어서 발행지의 기재는 발행지와 지급지가 국토를 달리하거나 세력(歲曆)을 달리하는 어음 기타 국제어음에 있어서는 어음행위의 중요한 해석 기준이 되는 것이지만 국내에서 발행되고 지급되는 이른바 국내어음에 있어서는 별다른 의미를 가지지 못하고, 또한 일반의 어음거래에 있어서 발행지가 기재되지 아니한 국내어음도 어음요건을 갖춘 완전한 어음과 마찬가지로 당사자 간에 발행·양도 등의 유통이 널리 이루어지고 있으며, 어음교환소와 은행 등을 통한 결제 과정에서도 발행지의 기재가 없다는 이유로 지급 거절됨이 없이 발행지가 기재된 어음과 마찬가지로 취급되고 있음은 관행에 이른 정도인 점에 비추어 볼 때, 발행지의 기재가 없는 어음의 유통에 참여한 당사자들은 완전한 어음에 의한 것과 같은 유효한 어음행위를 하려고 하였던 것으로 봄이 상당하므로, 어음면의 기재 자체로 보아 국내어음으로 인정되는 경우에 있어서는 그 어음면상 발행지의 기재가 없는 경우라고 할지라도 이를 무효의 어음으로 볼 수는 없다.

452) 95다36466 판결의 보충의견



이러한 결정에 대하여 반대 의견은 사법부의 소임과 권한을 뛰어넘는 것이라고 비판하면서 합헌적 해석의 요청에 따라 특별한 예외적 사유가 없는 한 성문법의 규정을 문언 그대로 해석해야 한다고 주장하였다<sup>453)</sup>.

반대의견의 관점에서 강행 규정인 어음법의 발행지 규정의 효력을 부정하는 것은 합리적인 법 해석의 범주를 벗어난 것이었다. 어음법의 발행지 규정의 효력을 부정하는 것을 두고, 반대의견과 보충의견을 ‘법률해석권’의 범위를 일탈하는 것이냐 여부에 관하여 상반된 입장을 보인다. 반대의견은 다수의견 및 보충의견이 법률해석권의 범위를 벗어난 범형성을 하고 있음을 비판하고 있으며, 보충의견은 (법원의 범형성 권한에 관하여 비록 명시적이고 직접적으로 답하고 있지는 않으나) 문제의 사안에서 어음법 규정의 효력을 부정하더라도 이는 법률해석권의 범위 안에 있는 것이라고 밝힘으로써 성문법 규정을 위배하는 범형성 역시 ‘사법적 논증’의 일부로 보아도 됨을 밝힌다.

---

453) [반대의견] 재판할 사항에 대하여 적용할 법규가 있고 그 의미 내용 역시 명확하여 달리 해석할 여지가 없는 경우에는 다른 것을 다르게 취급하여야 한다는 정의의 요청(이른바 목적론적 축소해석의 경우) 또는 합헌적인 해석의 요청(이른바 헌법합치적 해석의 경우)에 의하여, 그 법규의 적용 범위를 예외적으로 제한하여 해석할 필요가 있는 등의 특별한 사정이 없는 한, 설사 명문의 규정이 거래의 관행과 조화되지 아니하는 점이 있다고 하더라도, 법원으로서 모른지기 국회의 입법 작용에 의한 개정을 기다려야 할 것이지 명문의 효력규정의 적용 범위를 무리하게 벗어나거나 제한하는 해석을 하여서는 아니 될 것인바, 어음법은 발행지의 기재가 없는 어음에 관하여 그 효력이 없다고 명문으로 규정하고 있는 한편, 이 명문의 규정에 관하여는 정의의 요청 또는 합헌적인 해석의 요청에 의하여 그 적용 범위를 예외적으로나마 제한하여 해석할 만한 아무런 특별한 사정이 있다고 할 수 없으므로, 다수의견과 같이 위 어음법의 명문규정이 이른바 ‘국내어음’에는 적용되지 아니한다고 하는 것은 법원이 어음법에도 없는 단서 조항 즉 ‘발행지에 관하여 국내어음의 경우에는 그러하지 아니하다.’라는 규정을 신설하는 셈이고, 이는 명문의 규정에 반하는 범형성 내지 법률수정을 도모하는 것으로서 법원의 법률해석권의 범위를 명백하게 일탈한 것이라는 비난을 면하기 어렵다.

### 제3항 특정한 예외로서의 법원리

#### 1. 소멸시효 완성의 무효

대법원은 민법의 소멸시효 규정이 신의성실 및 권리남용금지와 같은 상위 ‘원칙’의 위계 하에서 지배를 받는 것이라고 하며<sup>454)</sup>, 특별한 사정이 있는 경우에는 소멸시효의 항변이 그러한 상위 원칙의 내용에 저촉되어 인정될 수 없다고 판단하고 있다.

즉, 대법원 2006다17539 판결 등에서 관찰되는 법원의 논리는 민법 제766<sup>455)</sup>조의 ‘손해 및 가해자를 안 날’의 의미를 풀이함에 있어서 이를 협의의 법해석에 따라서 판단하지 않는다. 만약 민법 제766조제1항의 ‘그 손해 및 가해자를 안 날로부터 3년’이라는 규정을 법 문언 그대로 충실하게 해석하면, 대부분의 배트남전 참전 피해자들의 소멸시효는 이미 완성되어 손해배상 청구를 할 수 없게 된다. 참전 피해자들이 겪고 있는 고통 등을 감안할 때 청구권 자체를 행사할 수 없게 하는 것은, - 청구권 행사의 결과와는 별개로<sup>456)</sup> - 지나치게 가혹한 일이 될 것이다.

454) 대법원 2005. 5. 13. 선고, 2004다71881 판결의 판시사항 [1]번

: 채무자의 소멸시효에 기한 항변권의 행사도 우리 민법의 대원칙인 신의성실의 원칙과 권리남용금지의 원칙의 지배를 받는 것이어서, 채무자가 시효완성 전에 채권자의 권리행사나 시효중단을 불가능 또는 현저히 곤란하게 하였거나, 그러한 조치가 불필요하다고 믿게 하는 행동을 하였거나, 객관적으로 채권자가 권리를 행사할 수 없는 장애사유가 있었거나, 또는 일단 시효완성 후에 채무자가 시효를 원용하지 아니할 것 같은 태도를 보여 권리자로 하여금 그와 같이 신뢰하게 하였거나, 채권자보호의 필요성이 크고, 같은 조건의 다른 채권자가 채무의 변제를 수령하는 등의 사정이 있어 채무이행의 거절을 인정함이 현저히 부당하거나 불공평하게 되는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 채무자가 소멸시효의 완성을 주장하는 것이 신의성실의 원칙에 반하여 권리남용으로서 허용될 수 없다.

455) 民法 제766조(손해배상청구권의 소멸시효) ①불법행위로 인한 손해배상의 청구권은 피해자나 그 법정대리인이 그 손해 및 가해자를 안 날로부터 3년간 이를 행사하지 아니하면 시효로 인하여 소멸한다.

②불법행위를 한 날로부터 10년을 경과한 때에도 전항과 같다.

456) 대법원은 배트남전 피해자들이 손해배상 청구를 주장하는 신체피해가 ‘비특이성(非特異性) 질환’이며, 비특이성 질환의 손해배상 청구가 인정되기 위해서는 해당 질환과 원인 간의 역학적 인과관계는 물론 개별적 인과관계의 성립 역시 입증할 수 있어야 배상 청구권이 인정될 수 있음을 이유로 대부분의 청구를 - 특이

다만, 원칙을 이유로 구체적인 명문 법규의 효력을 배제하는 것은 또 다른 원칙인 법적 안정성을 해칠 위험이 있으므로 특수하고 예외적인 경우에 한정해야 한다는 신중한 태도를 보인다.<sup>457)</sup>

사회 정책적인 고려에 의하여 법원리 논증을 활용한 판결 중 신의칙에 의한 성문법이 무력화되는 경우를 보여주는 판결이 다수 존재한다. 이 중 가장 대표적인 판결로서, 보험법이 규정한 청구권 소멸시효 규정의 효력을 무력화한 대법원 2009다44327 판결을 들 수 있다. 법원은 보험회사가 주장하는 소멸시효 완성의 항변을 받아들이는 것은 신의성실의 원칙에 반하여 허용되지 아니한다고 판단하여 비록 소멸시효가 지났지만 보험계약에 따른 보험금 청구를 인정하였다. 법원은 신의칙 논증을 통하여 성문법의 명백한 소멸시효 규정을 부정하는 논증을 하면서, 신의칙의 ‘기능’을 다음과 같이 말한다.

“신의성실의 원칙이 특히 엄격한 법적용의 가혹함을 완화함에 있어서 중요한 역할을 수행한다는 것은 이를 부인할 수 없다. 그것은 당사자로 하여금 어떠한 법규칙에서 법률요건 등으로 수용되지 아니한 사정을 법관 등 법적용자에게 제시하면서 그러한 사정 아래서 법규칙을 그대로 적용하게 되면 도저히 받아들일 수 없는 가혹한 결과가 됨을 법적용자의 법감정 내지 윤리감각에 호소하여 법규칙을 원래의 모습대로 적용하는 것을 제한 또는 배제하게 하는 하나의 법적 장치로서 기능하는 것이다.<sup>458)</sup>”

대법원 2012다89399 전원합의체 판결에서 반대의견이 다수의견 및 보

---

성 질환으로 인정한 여드름을 제외하고 - 기각했다.

457) 대법원 2005. 5. 13. 선고, 2004다71881 판결의 판시사항 [2]번

: 국가에게 국민을 보호할 의무가 있다는 사유만으로 국가가 소멸시효의 완성을 주장하는 것 자체가 신의성실의 원칙에 반하여 권리남용에 해당한다고 할 수는 없으므로, 국가의 소멸시효 완성 주장이 신의칙에 반하고 권리남용에 해당한다고 하려면 일반채무자의 소멸시효 완성 주장에서와 같은 특별한 사정이 인정되어야 할 것이고, 또한 그와 같은 일반적 원칙을 적용하여 법이 두고 있는 구체적인 제도의 운용을 배제하는 것은 법해석에 있어 또 하나의 대원칙인 법적 안정성을 해할 위험이 있으므로 그 적용에는 신중을 기하여야 한다.

458) 대법원 2010.5.27. 선고, 2009다44327 판결

충의견과 상반된 판단을 한 것은, 신의칙의 위상에 대해서 달리 생각한 것만이 그 이유는 아니다. 신의칙이라는 매개체가 실어 나르는 ‘실체적 정의’에 관한 이해가 다른 것도 판단을 달리 하는 중요한 이유가 되었다<sup>459)</sup>.

반대의견은 ‘정의와 형평의 관념<sup>460)</sup>’에 비추어볼 때, ①사용자의 경제적 어려움을 이유로 근로자의 당연한 권리를 희생시킬 수 없고, ②근로에 합당한 대가를 지급받는 것은 사용자의 의무이자 근로자의 권리라고 말한다. 즉, 이러한 논변에서 확인할 수 있는 점은, 신의칙과 같은 법원리가 실체적 정의로서의 내용을 함유하고 있는 것이 아니라, 매개체적 역할을 한다는 것이다.

2012다89399 판결의 반대의견 역시도 법적 안정성을 이유로 들면서 신의칙을 결정의 논거로 활용하는 판결의 위험성을 경계한다<sup>461)</sup>. 신의칙을

---

459) [대법원 2012다89399 판결 반대의견]

: “사용자의 경제적 어려움도 근로자의 권리를 희생시킬 수 있는 근거가 될 수 없다. 사용자의 경제적 어려움은 근로조건의 설정과정에서 근로자의 이해와 양보를 구할 수 있는 근거가 될 수 있을지언정 이미 정해진 근로조건에 따라 사용자가 이행하여야 할 법적 의무를 면하는 이유가 될 수는 없다. 사용자는 자신이 제공받는 근로에 합당한 대가를 지급하는 것이지 무슨 ‘손해’를 입는 것이 아니다.”

460) 이처럼 어느 모로 보나 근로기준법상 강행규정을 위반한 노사합의가 무효라고 주장하는 것이 신의칙에 위배되어 허용될 수 없다는 다수의견은 부당하다. 헌법에 기초하여 국민의 대표자가 법률을 통하여 강행법규로써 보장한 권리를 근로자가 제대로 알지 못하다가 법에 따라 되찾겠다고 주장하는 것이, 어떻게 ‘정의와 형평 관념에 비추어 신의에 현저히 반하는 것’이 될 수 있고, 또 그것이 왜 ‘도저히 용인될 수 없음이 분명한 것’인지 이해할 수 없다.

신의칙에 위배된다는 이유로 권리행사를 부정하기 위해서는 상대방에게 신의를 공여하였거나 객관적으로 보아 상대방이 신의를 가지는 것이 정당하여야 하고, 이와 같은 상대방의 신의에 반하여 권리를 행사하는 것이 정의관념에 비추어 도저히 참을 수 없는 정도의 상태에 이르러야 한다. 여기서 신의칙의 적용을 통하여 보호되어야 할 상대방의 신뢰는 정당한 신뢰이어야 하므로, 신뢰할 만하지 아니한 것을 과실로 신뢰한 경우나 신뢰할 만하지 아니하다는 것을 알고 있었던 경우에는 그 신뢰의 보호를 주장할 수 없다. 또한 신뢰보호는 상대방이 어떠한 사태를 신뢰하고 있고 또 그러한 신뢰를 가질 만하다고 하여서 곧바로 인정되는 것이 아니고, 그 신뢰의 보호로 말미암아 불이익을 입는 자에게 그 불이익을 받을 만한 귀책근거가 있어야 한다.

461) [2012다89399 판결의 대법관 이인복, 대법관 이상훈, 대법관 김신의 반대의견]

… 특히 실정법의 개별 조항에 의하여 명백히 인정되는 권리·의무의 내용을 신의칙을 이유로 변경하는 것은 법체계에 심각한 혼란을 초래하여 법의 권위와 법적 안정성에 큰 위협이 될 수 있다. 신의칙을 적용하여 그와 같은 실정법상의 권리

활용하여 결정을 내리거나 그에 반대하는 법관 모두 공통적으로 신의칙 판결의 예외성을 강조하고 있다는 사실은, 법적 논증에서 법원리에 대한 검토나 법체계 외적 자원에 대한 고려가 후순위라는 사실을 잘 보여준다.

## 2. 보험금 신청권의 소멸시효

법원리를 논거로 활용하여 범명제 적용의 예외를 만든 대표적 사례는 상법 규정의 효력을 무력화시킨 보험금 판결이다. 해당 판결에서 법원은 신의칙을 판단에 개입시켜서 성문법의 법적 효과를 차단하는 내용을 결정하였다.

상법 제622조<sup>462)</sup>의 보험금 청구권 소멸시효 규정의 적용 여부를 놓고, “법규칙을 그대로 적용하게 되면 도저히 받아들일 수 없는 가혹한 결과”가 되므로, “법적용자의 법감정 내지 윤리감각에 호소하여 법규칙을 원래의 모습대로 적용하는 것을 제한 또는 배제”할 필요가 있음을 이유로 보험금 청구권 소멸시효 규정을 무력화한 법원은<sup>463)</sup>, 민법 제766조의 소멸시효 규정이 쟁점이 된 베트남전 고엽제 피해 사건에서도 법규칙을 그대로 적용하게 되면 도저히 받아들일 수 없는 가혹한 결과가 될 것으로 판단하여, 민법의 제766조의 규정을 ‘원래의 모습대로 적용하는 것을 제한’한다. 그리고 이러한 ‘제한’을 위해서 법 문언에서 직접적으로 지시하지 않는 보충적인 법리를 개발·생성한다.

---

를 제한하는 것은, 개별적인 사안의 특수성 때문에 법률을 그대로 적용하면 도저히 참을 수 없는 부당한 결과가 야기되는 경우에 최후 수단으로, 그것도 법의 정신이나 입법자의 결단과 모순되지 않는 범위 안에서만 고려해 볼 수 있는 방안에 불과하다.

462) 엄밀하게는 舊상법 제622조이다. 보험금 청구권 소멸시효 판결 이후, 보험금 청구권 소멸시효 기간이 2년에서 3년으로 늘어나는 법 개정(2014년 3월)이 있었다.

[舊상법 제662조]

제662조(소멸시효) 보험금액의 청구권과 보험료 또는 적립금의 반환청구권은 2년간, 보험료의 청구권은 1년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다.

463) 대법원 2009다44327 판결

### 3. 강행법규의 효력과 신의칙

#### 가. 통상임금 판결

신의칙에 따라 근로기준법 규정의 효력을 상실시킨 대법원 2012다89399 판결을 통해서 보다 명확하게 확인할 수 있다. 대법원 2013.12.18. 선고, 2012다89399 전원합의체 판결은 신의칙과 성문법이 대립하는 사안에서 우리나라 대법원이 신의칙을 성문법보다 우선한다는 결정을 내린 경우이다. 대법원은 통상임금에 관한 판단을 하면서, 강행법규인 근로기준법의 명시적 규정<sup>464</sup>)에도 불구하고 신의칙을 이유로 성문법의 내용과 다른 판결을 내렸다.

다만, 강행법규의 효력을 정지시키는 신의칙 활용을 두고 다수의견과 반대의견은 신의칙의 법체계적 '지위' 내지는 '위치'에 관하여 서로 다른 의견을 보인다. 다수의견 및 보충의견은 신의칙이 강행규정보다 우선하는 예외라고 보았고, 반대의견은 강행규정이 신의칙에 우선한다고 보았다.

강행법규의 대표적 법률인 근로기준법의 효력이 신의칙을 이유로 제한될 수 있음을 보여주는 대법원 2012다89399 전원합의체 판결은, 기업의 존립이라는 사회정책적 논거로서 법적 판단을 내린 법원리를 활용한 정책적 결정이다. 다수의견 및 보충의견에서 법질서 전체를 관통하는 일반 원칙으로서의 위상이 확인된 신의칙은, 강행법규의 효력을 정지시키

---

464) 근로기준법 제2조(정의)

5. "임금"이란 사용자가 근로의 대가로 근로자에게 임금, 봉급, 그 밖에 어떠한 명칭으로든지 지급하는 일체의 금품을 말한다.

근로기준법 제15조(이 법을 위반한 근로계약) ① 이 법에서 정하는 기준에 미치지 못하는 근로조건을 정한 근로계약은 그 부분에 한하여 무효로 한다.

② 제1항에 따라 무효로 된 부분은 이 법에서 정한 기준에 따른다.

근로기준법 제56조 (연장·야간 및 휴일 근로) 사용자는 연장근로(제53조·제59조 및 제69조 단서에 따라 연장된 시간의 근로)와 야간근로(오후 10시부터 오전 6시까지 사이의 근로) 또는 휴일근로에 대하여는 통상임금의 100분의 50 이상을 가산하여 지급하여야 한다.

고 법 내부의 논거가 아닌 외부의 사회·정책적 논거를 판단의 이유로 삼기 위해서 활용된다. 이처럼 법원리의 '기능'은 법적 논거가 아닌 정책적 논거를 판단의 이유로 삼을 수 있도록 하는 법체계 외부 자원의 개입 통로가 된다. 법원리를 논증 과정에 활용하여야 법체계 내부 자원의 동원이 중지되고, 법체계 외부의 자원을 논증 과정에 유입할 수 있는 통로가 마련한다.

2012다89399 판결에서 대법원 다수의견은 신의칙을 성문법보다 우선하는 정당화 논거로서, "강행규정성에도 불구하고 신의칙을 우선하여 적용하는 것을 수긍할 만한 특별한 사정이 있는 예외적인 경우"가 있음을 이유로 든다. 다수의견은 기업의 재정이 건전하게 유지되어 경영의 지속 가능성이 확보되는 것이 중요하다고 판단<sup>465)</sup>한다. 근로기준법에 따라서 통상임금을 산정·지급하게 되면 그로 인한 기업의 재정적 타격이 크고 기업의 존립은 피고용자인 근로자들에게도 중요한 것이라고 판단하여, "기업의 지속적인 존립과 성장은 노사 양측이 다 같이 추구하여야 할 공동의 목표"라는 이유로 근로기준법의 규정을 무력화 시킨다. 다수의견은 이러한 결론에 다다른 논증에서 강행법규인 근로기준법과 대치되는 노사합의를 비교하여 노사합의<sup>466)</sup>가 근로기준법보다 더 우선한다는 논리를

465) 대법원 2013.12.18. 선고, 2012다89399 전원합의체 판결 [다수의견]

건전한 재정은 기업에 있어 생명줄과도 같다. 재정의 악화는 경영난으로 이어지고 그것이 심화되면 기업의 존립이 위태로워진다. 특히 임금은 기업의 재정에 가장 큰 영향을 미치는 요소 중의 하나이다. 노사는 임금협상을 하면서 근로자에게 근로의 대가로 얼마만큼의 금품을 어느 시기에 어떠한 형태와 조건으로 지급할 것인지를 정하게 된다. 이러한 임금협상은 기업의 경영실적, 근로자의 노동생산성, 물가상승률, 동종 업계의 일반적인 임금인상률 등 여러 요소를 고려하여 이루어지지만, 기업의 지속적인 존립과 성장은 노사 양측이 다 같이 추구하여야 할 공동의 목표이므로 기업 재정에 심각한 타격을 주어 경영상 어려움을 초래하거나 기업의 존립기반에 영향을 주면서까지 임금을 인상할 수는 없는 것이다. 따라서 임금의 인상은 기업이 생산·판매 활동 등을 함으로써 얻을 수 있는 수익에 기초하여 노동비용 부담능력 안에서 이루어져야 한다는 내적 한계가 있고, 이는 노사 상호 간에 양해된 사항이라 할 수 있다.

466) 이는 반대의견에서 많은 비판을 제기하였는데, 노사합의가 사업장의 전체 직원이 모두 참여한 것이 아니었기 때문이며 특히 근로기준법에 따른 통상임금의 지급을 원하는 지원은 해당 노사합의에 동참하지 않았다.

전개한다. 강행규정인 근로기준법을 무력화시키고 노사합의가 유효하다고 판단하기 위해서 대법원은 해당 노사합의 준수가 '신의칙'에 따르는 것이라는 논리를 구성한다. 노사합의가 단순한 '합의'에 불과한 것이라면 강행법의 규정을 뛰어넘을 수 없을 것이다. 하지만 다수의견은 노사합의 준수에서 '약속은 지켜져야 한다(pacta sunt servanda)'라는 신의칙을 찾고, 해당 사안을 "근로기준법의 강행규정성에도 불구하고 신의칙을 우선하여 적용하는 것을 수긍할 만한 특별한 사정이 있는 예외적인 경우"라고 보았다<sup>467)</sup>.

이에 대하여 반대의견은, 계약자유 원칙은 강행규정을 위배할 수 없다고 비판하면서<sup>468)</sup>, "신의칙을 적용하여 실정법상의 권리를 제한하는 것은, 개별적인 사안의 특수성 때문에 법률을 그대로 적용하면 도저히 참을 수 없는 부당한 결과가 야기되는 경우에 최후 수단"으로 한정되어야 한다고 말한다. 반대의견은 신의칙과 강행규정의 관계에 있어서, "신의칙은 강행규정에 앞설 수 없다"라며 다수의견과 정반대의 결론<sup>469)</sup>을

467) 대법원 2013.12.18. 선고, 2012다89399 전원합의체 판결 [다수의견]

통상임금은 근로조건의 기준을 마련하기 위하여 법이 정한 도구개념이므로, 사용자와 근로자가 통상임금의 의미나 범위 등에 관하여 단체협약 등에 의해 따로 합의할 수 있는 성질의 것이 아니다. 따라서 성질상 근로기준법상의 통상임금에 속하는 임금을 통상임금에서 제외하기로 노사 간에 합의하였다 하더라도 그 합의는 효력이 없다. (...) 단체협약 등 노사합의의 내용이 근로기준법의 강행규정을 위반하여 무효인 경우에, 무효를 주장하는 것이 신의칙에 위배되는 권리의 행사라는 이유로 이를 배척한다면 강행규정으로 정한 입법 취지를 몰각시키는 결과가 될 것이므로, 그러한 주장이 신의칙에 위배된다고 볼 수 없음이 원칙이다. 그러나 노사합의의 내용이 근로기준법의 강행규정을 위반한다고 하여 노사합의의 무효 주장에 대하여 예외 없이 신의칙의 적용이 배제되는 것은 아니다. 신의칙을 적용하기 위한 일반적인 요건을 갖추은 물론 근로기준법의 강행규정성에도 불구하고 신의칙을 우선하여 적용하는 것을 수긍할 만한 특별한 사정이 있는 예외적인 경우에 한하여 노사합의의 무효를 주장하는 것은 신의칙에 위배되어 허용될 수 없다.

468) [대법관 이인복, 대법관 이상훈, 대법관 김신의 반대의견]

"공익을 추구하는 강행규정은 그 입법 목적을 달성하기 위하여 그에 위배된 행위의 효력을 부정함으로써 계약자유 원칙을 제한한다. 그리고 강행규정은 해당 규정에 대한 행위자의 인식 여부를 불문하고 적용된다."

469) [대법관 이인복, 대법관 이상훈, 대법관 김신의 반대의견]

신의칙을 적용하여 실정법상의 권리를 제한하는 것은, 개별적인 사안의 특수성 때문에 법률을 그대로 적용하면 도저히 참을 수 없는 부당한 결과가 야기되는 경우에 최후 수단으로, 그것도 법의 정신이나 입법자의 결단과 모순되지 않는 범위



내리는데, 이러한 반대의견에서 주의 깊게 관찰할 대목은, "법질서 내에서 작동하여야 할 신의칙이 법질서에 역행"하여서는 안 된다는 것이다<sup>470)</sup>. 보험금 소멸시효에 관한 대법원 2009다44327 판결이 신의칙의 존재 위치가 '규칙의 저편' 너머에 있다고 보아 '보편적 예외'로 존재하는 신의칙의 지위를 인정한 것과는 달리, 통상임금 판결의 반대의견은 신의칙의 그러한 '보편적 예외성'을 인정하지 않는다. 반대의견의 관점에 따르면 신의칙은 보조적·차후적 위상을 - 최소한 강행법규와의 관계에 있어서는 - 갖는다. 따라서 법규칙 저편에 외재(外在)하고 있다가 필요한 경우 성문법을 마비 또는 무력화시키고 개입할 수 없다.

이러한 점에 관하여 2012다89399 판결의 다수의견은 정확한 논리를 제공하지 않고 있으나 해당 판결의 보충의견에서 다수의견 및 보충의견이 생각하는 신의칙의 위상을 확인할 수 있다. 보충의견은 "신의칙은 실정법이나 계약 등을 형식적이고 엄격하게 적용함으로써 야기될 수 있는 부당한 결과를 막고 구체적 타당성을 실현하여야 할 필요가 있는 경우 법질서 전체를 관통하는 일반 원칙으로 작용"한다고 하면서, 신의칙에 따라서 근로기준법의 규정을 제한하는 것이 타당하다고 판단하였다.

물론, 보충의견 역시 법질서의 안정을 추구하기 위해서는 신의칙의 적용이 '예외'적인 경우로 엄격히 제한되어야 한다고 하였으나 분쟁 사안이 그러한 예외에 해당하기 때문에 신의칙을 적용하기에 무리가 없다고 보았다<sup>471)</sup>. 반대의견은 신의칙을 '법질서에 역행할 수 없는' 것으로 보는

---

안에서만 고려해 볼 수 있는 방안에 불과하다. 신의칙은 강행규정에 앞설 수 없다. 신의칙의 적용을 통하여 임금청구권과 같은 법률상 강행규정으로 보장된 근로자의 기본적 권리를 제약하려 시도하는 것은 헌법적 가치나 근로기준법의 강행 규정성에 정면으로 반한다.

470) [대법관 이인복, 대법관 이상훈, 대법관 김신의 반대의견]

신의칙을 이용하여 강행규정을 위반한 법률행위의 효력을 유지하는 것은 전체 법질서 내에서 작동하여야 할 신의칙이 법질서에 역행하는 결과를 초래한다. 강행규정에 위배되는 약정의 당사자가 그 약정의 무효를 주장하는 것이 신의칙에 위반되는 권리의 행사라는 이유로 그 주장을 배척한다면, 이는 강행규정에 의하여 배제하려는 결과를 실현시키는 셈이 되어 입법 취지를 완전히 몰각하게 되므로 그러한 주장은 신의칙에 반하는 것이 아니라는 것이 판례의 확립된 견해이다

471) [대법관 김용덕, 대법관 고영한, 대법관 김소영의 보충의견]

것으로 이해한다. 그에 반하여, 보충의견은 신의칙이 ‘법질서 전체를 관통’하는 일반적 원칙이라고 파악한다. 명시적이지는 않으나 다수의견 역시 신의칙을 지위를 ‘법질서 전체를 관통’하는 것으로 이해하고 있기 때문에 노사합의 준수를 이유로 강행규정을 무력화시켰을 것으로 추정된다. 이처럼 다수·보충의견과 반대의견은 신의칙의 위상을 달리 이해하고 있기 때문에 서로 다른 결론을 내린다.

## 나. 신의칙의 선택적 불개입

통상임금 판결에서처럼 신의칙의 ‘위상’을 어떠한 것으로 이해하는지도 중요하지만, 설령 신의칙의 위상에 관해서 같은 관점을 가진다고 하더라도 - 법규칙의 ‘저편 너머’에 존재하고, 법질서를 관통하는 일반 원칙으로 생각한다고 하더라도 - 결정의 내용은 달라질 수 있다.

법원리가 표상하는 법의 전체적 질서 내지는 지도적 원리가 무엇인지를 소명해야 한다<sup>472)</sup>.

---

신의칙은 실정법이나 계약 등을 형식적이고 엄격하게 적용함으로써 야기될 수 있는 부당한 결과를 막고 구체적 타당성을 실현하여야 할 필요가 있는 경우 법질서 전체를 관통하는 일반 원칙으로 작용한다. 그리하여 신의칙은 실정법의 규정취지, 법률행위를 한 당사자의 의도 등을 그 의미에 적합하게 구체화하고, 불성실하거나 부당한 권리행사를 제한하며, 실정법 또는 법률행위의 내용을 보정(補正)하는 기능 등을 수행한다.

구체적 타당성을 실현한다는 명목 하에 편의적으로 신의칙을 적용하는 것은 법적 안정성을 해칠 뿐만 아니라 법질서의 혼란을 초래할 수 있고, 특히 실정법의 강행규정성을 인정하면서도 신의칙으로 실정법의 적용을 배제하는 것은 강행규정의 취지를 몰각할 수 있으므로, 신의칙은 제한적인 범위 내에서 예외적으로 적용되어야 한다는 점에 대하여는 이론(異論)이 있을 수 없다.

그러나 다수의견에서 이미 상세히 밝힌 바와 같은 임금과 통상임금 상호 간의 밀접한 관련성, 우리나라의 노사 간 임금협상 관행, 정기상여금을 통상임금에서 배제하기로 하는 노사합의에 이르게 된 경위, 그로 인하여 근로자가 받는 실질적인 불이익의 정도, 위 노사합의의 무효 주장을 받아들일 경우 노사 쌍방에 미치는 영향 등 여러 사정과 함께 당사자들이 상호 전제하거나 기초가 되는 사항에 관하여 착오가 있었을 경우 일정한 요건하에 가정적 의사를 밝혀내어 정당한 이익조정을 하는 것도 신의칙의 영역에 속한다는 점 등을 아울러 고려하면, 근로자 측이 정기상여금을 통상임금에서 제외하는 노사합의의 무효를 주장하여 추가 법정수당을 구하는 것에 대하여는 예외적으로 신의칙이 적용될 수 있다고 본다.

472) Larenz·Canaris에 의하면, 법적 논증이 법의 지도적 원리의 범위 내에서 행해지기 때문에 법을 파괴하지 않는 경우가 ‘초월적 법형성’이기 때문이다.

하지만 보험금 소멸시효 판결이나 통상임금 판결에서 자명하게 관찰되듯, 신의칙 판결 대부분이 성문 법규에 위배되는 결정을 내린다는 사실은 확실함에도 불구하고, 법의 지도적 원리와 법의 전체적 질서가 무엇인지는 불확실하다. 앞서 살핀 바와 같이 ‘사회적 사실’의 층위에서 존재하지 않는 ‘원리’와 ‘법의 전체적 질서’의 객관적 실체가 무엇인지에 관하여 만유공통의 보편적 결론을 내리기는 어렵기 때문이다. 따라서 실제의 분쟁 사안에서 법원이 법해석이나 법률내재적 법형성의 범주를 벗어났음을 확연하게 관찰할 수는 있어도, 그러한 결정이 초월적 법형성인지 법률에 반하는 법형성인지 확실하게 분별하기란 어렵다고 할 것이다.

이를 확인할 수 있는 것은, 2019년 5월 3일 대법원이 선고한, 한진중공업 통상임금<sup>473)</sup> 판결이다. 해당 판결에서 대법원은 신의칙 위반을 이유로 근로자의 지급 청구를 기각한 2012다 89388 전원합의체 판결과 다른 결정을 내렸다.

---

473) 한진중공업 노동자 360명이 회사를 상대로 낸 임금청구 소송 상고심. 대법원은 지난 2016년 6월 사측의 손을 들어준 서울고등법원 2심 판결을 파기하였다.

## 제4항 새로운 규칙을 만드는 법원리

### 1. 성문법과 차별화된 법리의 형성

법형성 판결은 ‘정책적 고려’를 배경으로 하지만, 그러한 정책적 고려를 드러내는 기제는 ‘법원리’를 통해서이다. 법원은 법이 침묵하는 부분, 즉 법의 공백을 스스로 채워 나가면서 새로운 법리를 형성하고 이를 판례법으로 정립하는 모습을 보인다. 법원이 새로운 규범을 생성하는 과정에서 그 생성은 법원리에 기반하여 진행된다.

법원리는 새로운 규범을 만드는 근거가 된다. 법원리 외에는 [사안에 적용할 만한] 관련 법규범이 딱히 없는 경우 법원은 해당 영역에서 법원리를 활용해서 새로운 규범을 만든다<sup>474)</sup>.

환경 분야의 불법행위 보상에 있어서 법원은 「환경정책기본법」이 제정되기 이전에도 민법의 단순한 불법행위 보상 조항<sup>475)</sup>에서 명시적으로 말하고 있지 않는 내용을 판례법으로 형성하였다. 입증책임에 관한 기존 법리를 변경하여 개연성과 간접반증 법리를 도입하여 입증책임을 완화하는 법형성 판결을 내림으로써 특유한 판례법을 정립하였고, 해당 판례법의 법리를 분쟁 사안의 유형(재산피해와 신체피해)에 따라 보다 구체적으로 세분화함으로써 관련 문제를 규율하고 있다.

이처럼 법원리를 활용한 정책적 결정이 단순히 법체계 내부의 범명제의 채택·활용을 저지시키는 소극적인 기능을 하는 것 외에도 실질적인 내용 형성 기능을 하는 것 역시 우리 법원의 판례를 통해 실증적으로 관찰 가능하다.

---

474) “특정한 문제를 해결함에 있어서, 법원리 외에는 딱히 적용할 만한 법이 없는 경우, 법원은 법원리에 기하여 새로운 규칙을 만든다. 이 경우 법원리는 새로운 규칙을 만드는 근거가 된다.(Raz, “Legal Principles and the Limits of Law”, p.841)”

475) 제750조(불법행위의 내용) 고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다.

또한 소멸시효 판결의 경우에도, 신의칙을 이유로 소멸시효 규정을 마비시키는 판결도 있지만, 소멸시효 기산점의 조건을 구체적으로 상세하게 부가함으로써 - 소멸시효 완성을 인정하지 않는다는 결론은 같으나 - 내용 형성적인 판결을 내린다. 또한 환경보건 분야에 있어서 법원의 내용 형성적 법원리를 활용한 정책적 결정은 더욱 두드러진다. 손해배상 청구의 입증책임 완화를 위하여 개연성 내지 신개연성설을 실시한 판결 및 그러한 신개연성설을 다시 고도화시켜, 비특이성 질환의 경우 역학적 인과관계의 입증과 개별적 인과관계 입증의 2단계 입증을 요구하는 판례 등을 내용 형성적 판결의 예시로 볼 수 있다.

이처럼 법원리를 활용한 정책적 결정을 내림에 있어서 법원은 현존 법체계 내부의 자원에 만족하지 않고 외부의 자원을 포섭 및 활용하여 이를 다시 내부화한다는 점에서 법원리를 활용한 정책적 결정은 법체계의 변화와 발전을 가져온다. 하지만 법의 안정성 유지라는 측면에서 외적 논증 또는 법원리를 활용한 정책적 결정은 신중한 접근을 요한다. 문제사안의 종국적 결정에서 드러나는 판단이 법원리를 활용한 정책적 결정이라고 하더라도, 법원이 논증을 하는 과정에서 채택·활용하는 순위는 최후의 것이어야 한다.

실정법체계의 내용 구성에 변화가 필요한 경우 법원리를 활용한 정책적 결정을 하여야 하지만, 내적 자원을 활용하여 적합한 결론을 도출할 수 있음에도 불구하고 법원리를 활용한 정책적 결정을 할 수는 없는 것이다. 다시 말해, 법원의 법원리를 활용한 정책적 결정은 필요한 경우 인정되어야 하지만 입법부 등 타 기관의 결정처럼 단순히 그것이 ‘보다 나아지기’ 위해서 선택하는 것이 아니라, 법해석에 의해서는 적합한 결론을 ‘도저히 할 수 없는 필연적 상황’이라서 선택하는 것이어야 한다<sup>476)</sup>.

---

476) 이러한 보충성과 차후성은, 법원리가 법해석에 기여하는 경우가 아니라, 법원리에 입각하여 법형성이 이루어짐을 논의의 전제로 한다.

## 2. 법원리를 활용한 판결의 산출

법원이 법원리를 활용한 논증을 통해서 성문법과는 내용을 달리 하는 법정책적 결정을 내리는 대표적인 영역이 환경분야이다. 특히 환경분야 손해배상청구 사건(이른바 공해사건)에 있어서 법원은 사실의 확정에 관한 독특한 증명책임 법리를 형성하였다<sup>477)</sup>.

증명책임 배분에 있어서 법원의 법형성 기능이 잘 관찰된다. ‘손해분담의 공평’이라는 손해배상책임 제도의 이념에 따라 민사를 규율하는 실질적인 법규범이 생산되었다. 불법행위법의 제도적 목적은 손실의 사후회복과 사고의 사전예방으로서, 콜먼(Coleman)이 말한 것처럼<sup>478)</sup>, 불법행위법(tort)과 사회적 공정(fairness)이라는 법원리 사이에서 교정적 정의가 영향력을 발휘하고 있다.

불법행위법은 불법행위로 인하여 발생한 손해를 회복하는 것을 기본적 목적으로 한다. 불법행위에 관한 일반조항인 민법 제750조는 불법행위로 인하여 발생한 손해는 배상되어야 한다는 원칙을 선언하는데, 이 조항은 이러한 목적을 잘 표상한다. 불법행위에 관한 그 외의 조항들도 이미 발생한 손해의 회복이라는 목표 아래 정렬되어 있다<sup>479)</sup>.

그런데 이러한 증명책임 배분은 사실관계에 관한 것이나 그에 대해서는 법관의 자유로운 심증에 따른 규범적 판단을 거치는 것이므로 법적·사회적 가치 반영과 투여가 가능하다<sup>480)</sup>. 그렇다면 손해배상 소송에서

---

477) 어떠한 사실의 진위불명(non liquet)에 따른 위험의 분배를 의미하는 증명책임에 있어서 우리 법원의 입장이 학계의 통설은 권리의 발생에 따라 분배한다는, - 즉 자신에게 유리한 사실은 본인이 입증해야 한다는 - 규범설 내지는 법률요건분류설을 따른다. 법원은 대법원 1964. 9. 30. 선고, 64다34 판결 이래, 권리의 발생, 변경, 소멸이라는 법률 효과를 주장하는 당사자는 그 법률효과를 인정하는 규정의 요건을 이루는 사실에 대하여 증명책임을 진다는 점을 원칙으로 하고 있다. 하지만 이러한 일반적 경우와 달리 환경 분야에 있어서는 ‘원리’를 활용한 예외적 기준을 만들어 발전시켜왔다.

478) Jules J. Coleman, The Practice of Principle, 1999

479) 권영준, “민법학, 개인과 공동체, 그리고 법원”, 2015. pp.1423-1424

증명책임 배분을 어떻게 하느냐에 관한 정책적 판단이 이루어질 수 있다. 불법행위에 대한 손해배상이라는 법적 수단이 가지는 의의를 생각할 때 더 그러하다. 불법행위 손해배상 책임(tort liability)은 손실 전보(填補)를 통해 침해된 권리와 이익을 구제하는 사법적 수단이기도 하지만, 사회 전반의 정책적 도구로서의 기능도 수행한다<sup>481)</sup>.

---

480) 증명책임 배분을 어떻게 설정하는 것인가가 사안 해결 방식이 합리적이고 타당한가 하는 것과 긴밀하게 결부된다. 불법행위 책임의 귀책구조에서는 입증책임 분배가 중요하기 때문이다. 누구에게 증명책임을 부담시킬 것인가 하는 증명책임의 배분은 증명되지 않은 사실에 관하여 ‘누구’의 불이익으로 돌릴 것인가 하는 문제로서, 증명책임의 소재는 결국 법정책학적 문제이기도 한다.

481) 불법행위 소송에서 개인 내지 단체의 권리를 확인하고 회복하는 과정을 통해 행정의 목적을 실현하는 효과도 존재한다. 전통적인 사법기제가 현대적인 신생법 분야에서도 유용한 수단으로 활용되고 있다. 따라서 인과관계의 규범적 판단을 위한 증명책임(burden of proof) 배분은, 증명책임을 부담하는 당사자에게 불이익을 부과하게 되는 게임의 규칙이자 사회적 규범으로서, 이는 많은 손해배상 사건에서 승패를 결정하는 첨예한 핵심 쟁점이 된다.

### 제 3 절 법원리의 기능과 작용

#### 제1항 제어적(Negative) 방식

##### 1. 특별한 사정과 법원리의 활용

라즈에 의하면, 어떠한 법규칙을 적용하여 결정을 도출하려 할 때 중요한 원칙이 손상될 수 있는 경우, 법원리는 해당 법규칙을 무효화할 수 있다(principles are allowed to override rules)<sup>482)</sup>. 이러한 경우 문제사안에 법이 적용되지 않는다(a law is not applied to a case). 법원은 ‘특별한 사정’을 들어서 법규칙의 효력발생을 저지하는 경우 법원리를 논증에 활용한다. 법체계가 내부 논리의 반복·확장과 강화가 아니라 새로운 내용을 포섭하는 경우 법원은 ‘법원리’라는 논거를 활용하여 해당 결정들을 도출해낸다. 이러한 경우는 법체계 내부의 법명제를 적용한 논증만으로는 법적 판단을 내리기가 어려운 경우 혹은 기존의 내부적 논리에 따른 법적 판단에 결함·오류가 있다고 인식하는 경우 외부의 논거를 사용하는 경우이다.

우리나라 법원이 밝히는 바와 같이 법원리는 ‘법규칙의 체계 외부에 있는’ 것으로서 일반적 지도 이념이기도 하지만 ‘보편적 예외’로서의 성격을 지닌다. 법원리는 법관이 기존의 법체계 외부의 영역에 있는 내용들을 포섭하여 기존 법체계 내용에 변화를 주는 경우에 사용된다. 법원리가 논증에 등장하는 대표적인 판결인 소멸시효 판결이나 통상임금 판결의 경우, 법원은 판결의 이유에 법원리를 등장시킴으로써 법체계 내부의 법명제가 법적 결정의 논거로 채택·활용되는 것을 저지시키고, 법체계 외부의 정책적 논거를 활용하여 결론을 내리는 모습을 보인다.

이러한 법원리의 법명제 효력 차단 기능은, 법원리의 속성이 ‘예외성’

---

482) Raz, 전게서(주472), p. 840



임을 강조하는 법원의 논변을 통해 강조된다. 법원이 법원리가 ‘규칙의 저편’에 존재한다고 표현하거나 ‘보편적 예외’로서 법원리를 자리매김하고 있는 구절에서 법원리의 특성이 확연히 드러난다. 이처럼 사회·정책적 이유에서 법명제의 효력 발생을 차단하고 다른 내용의 결정을 도출하였다는 점에서 법원리를 활용한 논증을 사법부의 법형성적 결정, 다시 말하여 ‘법정책 결정’이라고 이름 붙일 수 있을 것이다.

## 2. 예외 선언을 통한 실정법의 효력 정지

### 가. 신의성실의 원칙

법원리를 통해서 법명제의 적용이 정지되거나 제한되는 가장 대표적인 사례는, 신의성실의 원칙에 따른 판결들이다. 신의칙<sup>483)</sup>은 “정의롭지 않은 것을 청할 수는 없다(Injūsta impetrāre non decet)”는 원리로서, 대표적인 추상명제, 곧 법원리라고 할 수 있다.

“신의성실의 원칙은 법률관계의 당사자가 상대방의 이익을 배려하여 형평에 어긋나거나 신뢰를 저버리는 내용 또는 방법으로 권리를 행사하거나 의무를 이행해서는 안 된다는 추상적 규범”이다<sup>484)</sup>.

신의칙을 통해서 보험금 청구권의 소멸시효 완성 항변을 무력화하거나 근로기준법상의 규정 효력을 없애는 소극적인(negative) 효력 정지·제거 작업의 대표적인 사례이다. 법원리를 이유로 성문법 규정의 효력을 제한하는 많은 경우, 법원은 신의성실의 원칙을 논거로 사용한다. 신의성실의 원칙은 그 표현 그대로 법의 일반 원리이며, 민법 제2조<sup>485)</sup>를 비롯한 여

---

483) 국내 판결에서 ‘신의칙’이라는 핵심어로 관련 판결을 검색한(2018년 연말 기준) 결과, 판결요지에 ‘신의칙’이라는 표현이 등장한 국내 판결은 총 721개, 판시사항에 ‘신의칙’이라는 표현이 등장한 국내 판결은 총 400개가 검색되었다.

484) 박윤직·김재형, 민법총칙, 제9판, 박영사, 2013, 76면

485) 민법 제2조(신의성실) ① 권리의 행사와 의무의 이행은 신의에 좇아 성실히 하

러 법률의 총칙에 규정되어 있는데, 신의성실의 추상성으로 인하여 그 자체로는 특정한 지시를 내리거나 실질적 내용을 담고 있다고 보기란 어렵다. 사안 해결을 위하여 신의성실 원칙을 적용하는 판결은 사회의 ‘정의관념’을 주된 논거로 한다<sup>486)</sup>. 신의성실의 원칙이 말하는 조리(條理; sound reason)의 뜻은 사회의 보편타당한 가치에 비추어서 사회에서 승인된 일반적인 정의 관념으로서, 법관이 “신의칙이라는 통로를 이용하여” 해당 사안에 후견적으로 관여하는 경우이다.<sup>487)</sup>

신의성실의 원칙은 “법률관계의 당사자는 상대방의 이익을 배려하여 형평에 어긋나거나 신뢰를 저버리는 내용 또는 방법으로 권리를 행사하거나 의무를 이행하여서는 아니 된다는 추상적 규범”<sup>488)</sup>으로서, ‘정의’를 보호할 필요가 인정되는 경우, 법원은 정의, 형평에 부합하는 결정을 내리기 위하여 구체적인 법규칙의 적용을 정지시키고 합법성을 희생하더라도<sup>489)</sup> 신의칙을 지킨다. 법원이 신의칙을 논급하는 것은 사회정책적 논

---

여야 한다.

②권리는 남용하지 못한다.

486) [대법원 2002다1321, 2000다5909]

“신의성실의 원칙에 위배된다는 이유로 그 권리행사를 부정하기 위하여는 상대방에게 신의를 공여하였거나 객관적으로 보아 상대방이 신의를 가짐이 정당한 상태에 이르러야 하고 이와 같은 상대방의 신의에 반하여 권리를 행사하는 것이 정의관념에 비추어 용인될 수 없는 정도의 상태에 이르러야 한다.”

[대법원 2003. 8. 22. 선고, 2003다19961 판결]

“신의성실의 원칙에 위배된다는 이유로 그 권리의 행사를 부정하기 위하여는 상대방에게 신의를 공여하였거나, 객관적으로 보아 상대방이 신의를 가짐이 정당한 상태에 있어야 하고, 이러한 상대방의 신의에 반하여 권리를 행사하는 것이 정의관념에 비추어 용인될 수 없는 정도의 상태에 이르러야 하며, 또한 특별한 사정이 없는 한, 법령에 위반되어 무효임을 알고서도 그 법률행위를 한 자가 강행법규 위반을 이유로 무효를 주장한다 하여 신의칙 또는 금반언의 원칙에 반하거나 권리남용에 해당한다고 볼 수는 없다.”

487) 권영준, “민법학, 개인과 공동체, 그리고 법원”, p.1419

488) 대법원 2002. 3. 15. 선고 2000다13856 판결요지

489) 1992.4.28. 선고 91누9848 판결, 1996. 1. 23. 선고, 95누13746 판결 등

“신의칙 내지 금반언의 원칙은 합법성의 원칙을 희생하여서라도 납세자의 신뢰를 보호함이 정의에 부합하는 것으로 인정되는 특별한 사정이 있을 경우에 한하여 적용된다고 할 것인바, 그 적용을 위하여는 (1) 과세관청이 납세자에게 신뢰의 대상이 되는 공적인 견해표명을 하였을 것, (2) 과세관청의 견해표명이 정당하다고 신뢰한 데 대하여 납세자에게 귀책사유가 없을 것, (3) 납세자가 그 견해표명을 신뢰하고, 그에 따라 행위를 하였을 것, (4) 과세관청이 위 견해에 반하는 처분을 함으로써 납세자의 이익

거를 활용하여 결정을 내렸음을 의미한다.

## 나. 예외성을 인정받기 위한 요건

이러한 판결은 ‘후견주의적 판결’ 혹은 ‘일반조항으로의 도피’로 지적되기도 한다<sup>490)</sup>. 법원 역시 반드시 필요한 경우를 제외하고는 합법성을 신의성실의 원칙에 우선해야 함을 밝히고 있다<sup>491)</sup>. 신의칙이라는 법원리를 활용하여, 구체적인 법규칙의 효력을 차단하기 위해서 법원은 정당한 신뢰의 공여와 행위의 일관성 등 예외 상황으로 분류되기 위한 여러 가지 조건을 실시한다.<sup>492)</sup> 그에 따라서 “정의관념에 비추어 도저히 용인될 수 없는 경우”<sup>493)</sup>에는 신의칙을 활용하여 해당 사안과 관련된 법명제의 적용을 제한하게 된다.

특정한 법률 행위를 사회·도덕적 관점에서 평가하여 효력을 제한하는 ‘반사회질서 법률행위’ 역시 법원리가 소극적(negative) 방식으로 적용하는 사례라고 할 수 있다. 형식상 하자가 없는 행위라고 하더라도, “선량한 풍속 기타 사회질서에 위배”됨을 이유로 그 효력을 제한·상실시키는 것은 법해석 논증이 아니다. 이는 법원이 도덕 및 당사자들의 정당한 기대, 사회적 통념 등 법체계 외부의 자원을 활용하여 정책적인 결정을 산출하는 경우(2009.9.10. 선고 2009다37251 판결 등)이다.

이처럼, 법체계 외부의 자원이 필요한 논증 과정에서 ‘법원리’를 빌어

---

이 침해되는 결과가 초래되었을 것 등의 요건이 모두 충족되어야 한다.”

490) 김형배, 外 공저, 『민법학강의』, 제7판, 신조사, 2007

491) 대법원 2000. 08. 22. 선고 99다62609, 99다62616

“원칙적으로 합법성의 원칙은 신의성실의 원칙보다 우월한 것이므로 신의성실의 원칙은 합법성의 원칙을 희생하여서라도 구체적 신뢰보호의 필요성이 인정되는 경우에 비로소 적용된다고 봄이 상당하다.”

492) 신의칙 위배를 판단하기 위하여, 법원이 보다 구체화한 요건은 다음과 같다. ① 상대방의 신의 형성(상대방에게 신의를 공여하였거나 다른 이유로 상대방이 그러한 신의를 가지는 것이 정당한 상태), ②상대방의 신의에 반하여 권리를 행사하는 것이 정의관념에 비추어 도저히 용인될 수 없는 정도여야 한다.

(대법원 1991.12.10. 선고 91다3802 판결, 대법원 2002다1321, 2000다5909 판결, 대법원 2007. 1. 11. 선고, 2005다47175 판결 등)

493) 대법원 2003. 8. 22. 선고, 2003다19961 판결 등

서 성문법의 효력을 정지·마비시키고 법체계 외부의 자원을 끌어와서 결정을 내리는 경우가 드물지는 않다. 국내 판결문을 검색한 결과, 민법 제103조가 판결요지에 등장한 판결은 총 81개였으며, 밀접하게 연관된 민법 제103조가 판결전문에 등장한 판결의 숫자 304개였다. 이는 많은 숫자는 아니지만, 결코 무시할 수 없는 빈도와 규모로 법원이 법체계(형식적 법체계) 외부의 자원을 논증의 재료로서 활용하고 있음을 실증하고 있다.

다만, 판결에 신의칙이 등장하는 경우, 신의칙을 활용하여 결정을 내리는 법관이나 그에 반대하는 법관 모두 공통적으로 신의칙 판결의 ‘예외성’을 한결 같이 강조하고 있다. 예컨대 2012다89399 판결의 반대의견은 다음과 같이 법적 안정성을 이유로 들면서 신의칙을 결정의 논거로 활용하는 판결의 위험성을 경계한다<sup>494</sup>).

실정법의 개별 조항에 의하여 명백히 인정되는 권리·의무의 내용을 신의칙을 이유로 변경하는 것은 법체계에 심각한 혼란을 초래하여 법의 권위와 법적 안정성에 큰 위협이 될 수 있다. 신의칙을 적용하여 그와 같은 실정법상의 권리를 제한하는 것은, 개별적인 사안의 특수성 때문에 법률을 그대로 적용하면 도저히 참을 수 없는 부당한 결과가 야기되는 경우에 최후 수단으로, 그것도 법의 정신이나 입법자의 결단과 모순되지 않는 범위 안에서만 고려해 볼 수 있는 방안에 불과하다.

법적 논증에서 법원리를 활용하여 범명제의 효력을 차단하는 대안에 관한 고려가 후순위라는 사실을 잘 보여준다. 이는 실질적인 규범 창설, 사법입법을 가져오는 논증의 무게 때문이다.

---

494) 2012다89399 中 대법관 이인복, 대법관 이상훈, 대법관 김신의 반대의견

## 제2항 생성적(Positive) 방식

### 1. 매개기능을 통한 외부 규범자원 내부화

법원리를 활용한 논증이 법체계 내에 존재하는 구체적 범명제의 효력을 제약하는 기능만을 하는 것은 아니다. 법원은 법체계 내부의 범명제가 결정의 논거로 채택·활용되는 것을 저지하는 경우도 있으나, 또 다른 일면으로는 법규범의 실질적 의미를 변경시키거나 새로운 내용을 생산하는 적극적(positive) 기능 역시 수행한다.

법원리가 법규범 생산적(positive) 기능을 하는 것은, 법원리가 법체계와 사회를 ‘매개’하고, 외부의 적합한 예비규범 자원을 ‘내부로 포섭’하는 기능을 수행하고 있기 때문이다.

단순히 정책 그 자체를 근거로 삼아서 법적인 결정을 내릴 수는 없다<sup>495)</sup>. 정책과 법이 긴밀한 관계에 있으나 양자는 동일하지 않다. 따라서 정책의 차원에 있는 예비규범 자원이 법원의 결정 논거로 사용되기 위해

---

495) Eisenberg, The Nature of the Common Law, pp.32-33 (Chapter 4 : Social Propositions : Policies)

“정책이 법적 논증에 너무나 만연하게 관여하고 있기 때문에 법원에 의하여 채택된 정책은 그 자체로 법이라는 주장은 그럴 듯하다. David Lyons는 다음과 같이 그러한 관점의 주장을 하였다.

: 사건을 책임감 있게 해결해야 한다는 사법적인 의무는 쉬운 사건으로 끝나지 않고, 어려운 사건의 이론(theory of hard cases)은 판사들에게 그들이 법 규칙이 바닥났을 때 사건을 책임감 있게 판단하기 위하여 해야만 하는 것을 알려준다. 비록 관련된 정책이 법 밖에서 얻어진 것으로 추정되지만, 어려운 사건의 이론은 법원들이 그 정책들에 호소할 의무가 있음을 암시한다. 만일 법원이 그 정책들에 호소할 의무가 있다면, 그 정책들은 현재의 목적에 있어서, 정립된 법 규칙과 구별되지 않는다. 다시 말해, 그 정책들은 어려운 사건들에서의 판단을 안내하는 데에 사용되어야만 하는 기준들이다. (...) 합의된 약속은 집행 가능해야 한다는 법 규칙은 약속은 지켜져야 한다는 도덕적 규범을 반영한 것이다. 그러나 그 도덕적 규범은 법 규칙이 아니다. 오히려, 법 규칙은 협상의 일부이거나 또는 다른 독립된 기준들을 충족시키지 않는 한 약속은 집행할 수 없다는 것이다. 더 나아가, 법원이 채택한 정책 또는 도덕규범 그 자체를 법이라고 한다면 제도적 원리(institutional principle)가 기능적이지는 못할 것이다. 이는 법 규칙의 정립에 관여한 사회적 명제가 채택 당시에 필요한 사회적 지지(social support)를 받지 못하거나 후에 그 지지를 상실한 경우에도 여전히 구속력을 가진다는 것을 암시하기 때문이다.

서는 실정법체계의 영역으로 들어올 수 있도록 ‘승인’되고 ‘변환’되어야 한다.

“굳이 현대 체계이론에 의지하지 않더라도, 법체계와 사회현실은 당위와 존재로서 서로 개념적·내용적·기능적으로 분리된다. 따라서 존재영역에 속하는 사회 현실의 주장과 논리를 곧바로 당위영역에 속하는 법체계에 끌고 오는 것은 적절하지 않다. (...) 그러므로 법체계 밖에 존재하는 사회현실의 논리나 주장, 즉 외부적 논리는 법체계 내부의 논리로 전환되어 원용되어야 한다. 즉 법체계가 허용하는 규범적 논리로 전환되어야만 비로소 법형성의 기초로 사용될 수 있는 것이다. 이러한 연유에서 사회 현실의 주장이나 논리를 성급하게 법형성의 근거로 삼는 것은 피해야 할 것이다.”<sup>496)</sup>

상기 논변에서 추출되는 요지는, 사회적 규범과 도덕적 판단과 같은 법체계 외부의 예비규범 자원을 “법체계 내부의 논리로 전환”하는 작업이다. 법형성 판결에서 법원리는 실정법체계 내부규범이 아닌 외부의 예비규범 자원을 법체계에 유입하여 실정법화(化)하는 ‘승인’과 ‘변환’의 기능을 담당한다.

“도덕적 권리는 사법절차를 통해, 즉 법관에 의한 법형성에 의해 법적 권리로 제도화될 수 있다. (...) 기존의 권리체계로는 해당 분쟁을 해결할 수 없는 경우, 법관은 이를 해결하는 데 적합한 새로운 권리를 모색해야 한다. 분쟁을 해결하는 데 적합한 도덕적 권리를 발견하거나 형성한 법관은, 헌법이 일반조항 형식으로 규정한 각종 원리규정을 통해 이를 법체계 안으로 끌어들이는 것이다. 이 경우 법원리를 구체화하고 있는 기본권 규정이나 각종 법률이 규정한 일반 조항이 중요한 역할을 수행한다. 이러한 원리 규정에 힘입어 도덕적 권리는 법적 권리로 전환되고, 법관은 이렇게 전환된 법적 권리를 원용해 해당 분쟁을 해결한다. 이렇게 해서 도덕적 권리는 사법절차를 통해서도 법적 권리로 제도화된다.”<sup>497)</sup>

---

496) 양천수, 법률에 반하는 법형성의 정당화 가능성, p.136

497) 양천수, 권리의 형성 메커니즘, pp.107-108

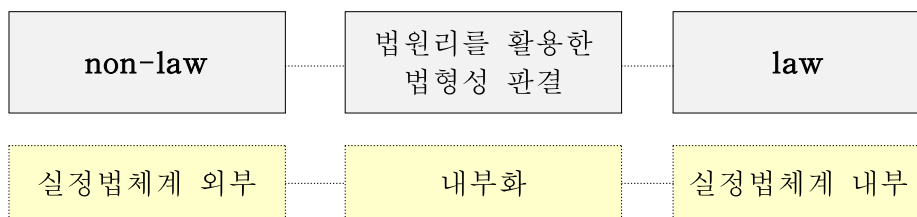
법관이 실정법체계 외부의 예비규범, 정책 논거를 “법체계 안으로 끌어들이는” 작업에서 법원리는 법체계 내부와 외부의 매개(媒介)함과 동시에, 외부의 자원을 법체계 내부의 규범자원으로 변환하는 작업을 수행한다<sup>498)</sup>.

법원은 법형성 판단을 통해서 법체계의 경계선을 움직인다. 법원은 법체계 운영에 있어서 그 내용을 동일하게 유지하거나 변화를 하는 기능을 수행한다. 사회적 변화가 있다고 하더라도 법원이 이를 판결을 통해서 공식적으로 승인할 계기가 없으면 법의 변화는 일어나지 않는다. 분쟁사안을 통해 규범적 변화가 요청되는 사안이 법적 쟁점이 되었을 때<sup>499)</sup>, 법원의 법획득 작업을 거쳐 법은 변화한다.

## 2. 체계적 합법성의 부여

법원리를 활용한 판결은 법체계 외부의 자원에 법규범의 지위를 부여한다. 즉, 당면한 사안의 적합한 해결을 위하여, 법원이 법체계 내부의 자원에 만족하지 않고 외부 자원을 내부화하는 작업은 다음과 같이 일별 가능하다.

〈표 5-1 : 법체계 외부 예비규범의 법규범화〉



그런데 법원리가 실정법체계 외부의 예비규범 자원을 법체계 내부로

498) 이처럼 법원리를 활용한 법원의 법형성 판결을 환경분야의 입증책임 완화 판결 등을 통해서 관찰할 수 있다. 구체적 내용은 다음 장에서 상술한다.

499) 다음과 같은 Teubner의 언표와 같이 분쟁 사안은 법적 쟁점을 구체화한다.

“Social conflicts trigger processes within the law which formulate legally specific conflicts of expectations.” [Gunther Teubner, 1993, p.58]

들여오는 매개 기능을 수행한다고 할 때, 비법(非法) 자원이 법(法)자원으로 변용하는 것을 가능하게 하는 기제를 검토할 필요가 있다.

법의 효력은 해당 ‘변환’ 작업을 설명하는 중요한 단서를 제공한다. 법이 무엇인가를 논할 때, 법의 효력은 중요한 개념 표지가 된다. 실효성이 있으나 합법성(legality)이 부족한 사회의 규범을 법원리 혹은 원칙을 들어서 유효한 법규범으로 전환하는 작업이 이루어진다. 법의 효력에 관해서 학자마다 다양 접근방식과 이해의 결과를 제시하고 있으나, 법의 효력이 법의 개념적 징표라는 것은 많은 선행 연구에 의해서 강조되고 있다. 중요한 문제는 ‘법 효력’이 뜻하는 정확한 의미이다<sup>500)</sup>.

통상적인 법 효력의 판단 기준은 실효성, 합법성, 정당성으로 구분된다,<sup>501)</sup> 법의 실효성은 해당 법이 준수되고 구속력이 있다는 사회적 실행

---

500) 심헌섭(1980), 법의 효력에 관한 연구, 제21권제1호, pp.143-145

“우리는 효력이 법의 개념적 징표이기도 하다는 점을 승인하기에 이르렀다. 이러한 인식은 우리로 하여금 더욱 법의 효력이란 무엇을 의미하는 것인가에 대한 물음에로 재촉케 한다. 이는 아마도 이러한 물음이 대답될 때, 우리를 그렇게 괴롭혀 온 ‘법이란 무엇인가?’라는 질문도 더욱 명백히 밝혀질 것이라는 기대 때문일 것이다. 그러면 과연 법의 효력이란 무엇을 의미하는 것인가?”

501) 최봉철, “법의 효력 : 요건과 효과를 중심으로” (pp.50-51)

“국내 학자들의 입장을 종합하여 정리하자면, 어떤 법이 ‘법으로서 효력이 있다’, 다시 말해 ‘법적 효력이 있다’는 표현은 다의적인 표현으로, 그 근거이론을 사회학적 효력설, 법률적 효력설, 철학적 효력설로 분류할 수 있고, 각각의 이론이 취하는 효력 유무에 관한 판단기준은 실효성, 합법성, 정당성이라는 것이다. (…)

우선 법효력론을 사회학적 효력설, 법률적 효력설, 철학적 효력설로 분류하는 것은 이해하기 어렵다. 사회학의 모든 이론이 법의 효력의 유무를 판단할 때 실효성을 그 기준으로 설정하고 있는지에 대해 의문이 있다. 또한 철학적 효력설이라는 명칭 역시 그러한 편향성의 문제를 안고 있다. 철학적 효력설은 어떠한 자연법론에 근거한 이론을 지칭하는 것으로 보이는데, 그러한 자연법론에 대해서만 철학적이란 칭호를 준다면 법실증주의는 철학과는 관련이 없다는 의미를 내포하기 때문이다. 마지막으로 법률적 효력설이란 용어 역시 그 지칭하는 바가 무엇인지 알려주는 바가 명확하지 않다는 약점이 있다.

이제 효력의 판단기준으로서의 실효성, 합법성, 정당성이라는 명칭에 대해 살펴보자. 이러한 명칭은 왜곡의 정도가 전자에 비해 훨씬 덜하다. 실효성설이나 정당성설이라는 명칭은 그것이 전하고자 하는 주장을 개략적으로 알아차릴 수 있다. 그러나 합법성설이라는 명칭은 그렇지 않다. 필자가 생각하기로는 합법성이란 영어로는 ‘legality’를 뜻하고, 합법적인 법이란 일정한 형식적인 혹은 체계내적인 심사를 통과한 법을 지칭한다고 짐작되며, 합법적이라는 말은 체계적이라는 표현으로 대치할 수 있다고 생각된다.



의 차원<sup>502)</sup>, 사실적 측면의 효력이며, 합법성은 해당 법률이 상위법의 수권에 따라 법체계의 구성원 지위를 인정받는다라는 점과 연계된 형식적 측면의 효력, 정당성은 법의 내용에 관한 철학적·도덕적 평가와 결부된 효력이다.

법의 효력은, “법이나 아니냐를 결정하는 문제<sup>503)</sup>” 같다고 할 만큼, 법의 여러 층위에서 분석된다.<sup>504)</sup> 사회적 실행(practice)로서의 법을 강조하는 법실증주의 입장에서 법의 효력이 법의 개념적 표지가 되는 것은 논리적으로 당연한 귀결이다. 반면, 비실증주의 입장은 법의 효력에 기울이는 관심의 정도가 균질적이지 않다. 드워킨은 법의 효력보다 그 밖의 쟁점에 관심을 기울였으나<sup>505)</sup>, 많은 자연법주의자들은 정당성의 측면의 법의 효력에 기울인다.

하지만 법의 효력 중 가장 기초가 되는 것은 법체계에의 ‘소속성’을 의

---

502) ‘실효성’이라는 카테고리 안에서 두 개념을 동시에 전달하고 있기 때문에 개념 오해의 문제가 발생할 수 있다. 사회 일반에 의한 ‘준법가능성’, 즉 확률적 의미의 법의 효력과 ‘실효성’이 긴밀히 연계되지만 실효성과 전적으로 동일한 개념으로는 보기 어렵기 때문이다. 오해를 유발할 소지는 있으나 글의 전반적 주제와의 관련성이 높지 않아서 간략히 정리하였다.

503) 심헌섭, 법의 효력에 관한 연구, 제21권제1호, 1980, p.141

“오늘날 법효력의 문제는 법이나 법이 아니냐를 결정하는 문제와 같다고 말하여 진다. 이는 법효력의 문제가 법개념과 밀접하게 관련되어 있음을 말할 뿐만 아니라, 나아가 그것은 바로 법개념 자체의 문제라는 것을 말하는 것”

504) 오세혁, “규범충돌 및 그 해소에 관한 연구: 규범체계의 통일성을 중심으로”, 2002, pp.22-23

: “오늘날 적어도 법에 대해서 실효성(Wirksamkeit)과 개념적으로 구분되는 효력(Geltung)에 대해서는 사실적 효력관으로는 부족하고 결국 규범적 효력관을 통하여 이해할 수밖에 없다는데 의견이 일치하는 듯하다. (...) 한편에서는 규범의 효력을 단지 규범의 존재, 다시 말해 규범체계에 대한 소속성이라는 개념으로 이해하려 한다. 즉, 규범이 규범체계에서 정한 절차에 따라 제정 및 공포 절차를 거쳐 성립되기만 하면 일단 효력을 갖는다는 것이다. 이에 비하여 다른 한편에서는 효력을 수범자에 대한 준수가능성 내지 적용가능성의 개념, 나아가 법이념적, 평가적 관점까지 끌어들이어 구속성(Verbindlichkeit)의 개념으로 이해하려 한다. 즉, 규범은 제정 및 성립됨으로써 효력을 갖는 것이 아니라 적용 가능하여 수범자에 대하여 구속력을 가질 때에 비로소 효력을 갖는다는 것이다. 이러한 점에서, 규범의 효력은 이중적인 의미로 이해된다.”

505) Ronald Dworkin(장영민 옮김), 『법의 제국』, 아카넷, 2004, p. 169

“법철학은 주로 법의 근거의 문제를 더 세심하게 연구하기 위하여 효력의 문제를 사상(捨象)한다. 이것이 가능한 것은 효력에 관하여는 충분히 대체적인 합의가 있기 때문이다.”

미하는 합법성의 효력이다<sup>506)</sup>. ‘법원리’는 전체 법질서를 향도하는 위상을 지닌다. 이러한 ‘상위’의 법원리를 논증에서 활용함으로써 법원은 사회적 실효성을 지닌 예비규범에 법질서와 원칙의 이름으로 법체계 구성원의 자격을 부여하는 승인(承認) 과정을 거친다. 즉, 법형성 판결에 등장하는 법원리는 실정법체계 외부와 실정법체계를 ‘매개’하는 기능을 수행함과 동시에, 법체계 외부의 논거를 법체계 내부로 끌고 들어온다. 이는 타당성과 실효성은 획득하고 있었으나 체계적 합법성이 결여되었던 외부의 ‘예비규범’ 자원을, 법원리와의 결합을 통해서 ‘규범’ 자원으로 환치하는 과정이다.

---

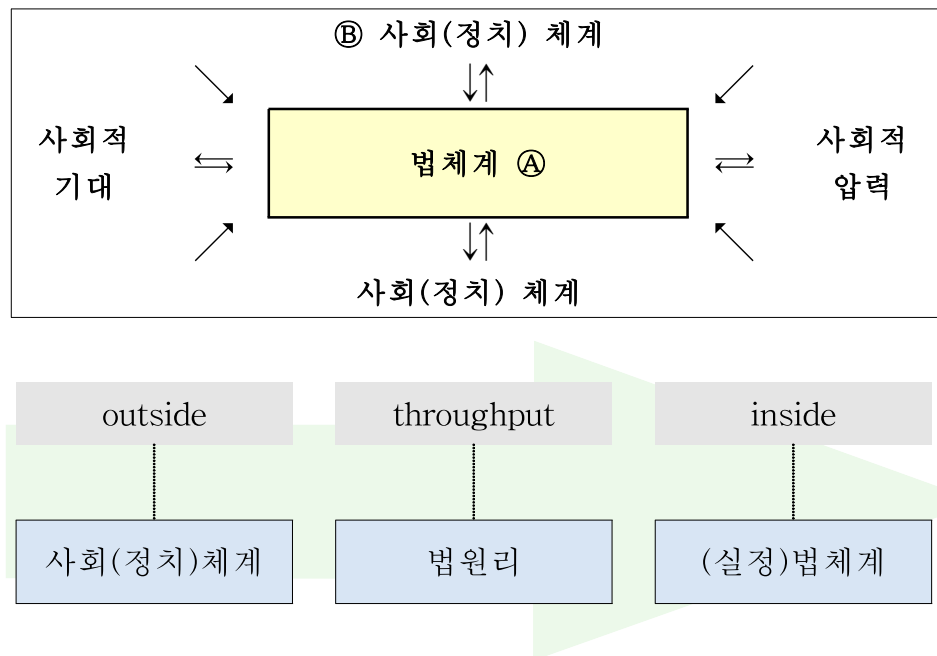
506) 최봉철, "법의 효력: 요건과 효과를 중심으로", p. 52

: 브로블레프스키(Wroblewski)는 어떤 법에 대해 법적 효력이 있다는 표현은 사실적 효력이 있다, 체계적 효력이 있다, 아니면 가치론적으로 효력이 있다는 표현 중 하나라고 한다. 이와 같이 효력의 요건을 세 가지로 구분한 다음, 가장 기본은 체계적 효력이라고 한다. 이에 반해 사실적 효력이나 가치론적 효력은 체계적 효력을 시정하는 것으로서, 예외적으로 사용된다고 주장한다.

### 제3항 법원리 논증의 의의

이 연구는 법원리를 보편타당한 상식이나 국민 일반의 법감정과 같은 기준을 사안판단 규범으로 승인(recognition)받게 하는 도구적 매개체로서 이해한다. 단순 실무관행 및 일시적인 수준의 사회적 의지 결집을 바로 법으로 보기는 어렵다. 해당 기준과 잣대들이 법으로 인정받기 위해서는 법관의 승인이 필요하다. 사회·정치체계 영역의 예비규범 자원을 법체계 내부로 수용하여 법규범으로 승인하고 사안규범을 현출하기 위한 매개체가 필요하다. 이러한 승인을 위한 매개체로서 법원리가 기능한다고 이해한다. 즉, ‘사회일반의 정의관념 : 법원리 = 재료 : 도구’라는 도식으로 정리할 수 있다.

〈그림 5-1 : 법체계와 사회체계를 매개하는 법원리의 기능〉



보다 간명하게 이를 전달하자면, 상기 그림의 B영역에서 A영역으로 이동하기 위한 과정에서 법원리가 활용된다. 법원리는 법원의 논증 과정에서 ‘변화’를 가능하게 하는 역할을 담당한다. 사회(정치)체계 영역에서

일정 수준 이상의 지지를 받고 있는 것으로 인식된(cognition) 예비규범이, 법원의 ‘법원리’에 입각한 판단행위, 즉 승인(recognition)에 의해서 법체계 내부로 진입하여 사안규범의 지위를 획득하는 것이다. 단순한 정책적 예비규범 자원이 법체계 내부로의 진입을 위해서는 승인이 필요한데 그러한 승인은 법원리에 의해 가능하다<sup>507)</sup>.

즉, ‘법체계’는 ‘사회(정치)체계’ 내에서 존재하며 영향을 주고받는다는 전제에서, 법체계의 (사회적 지지라는 측면에서의) 내용적 건전성 및 규범의 사회적 지지를 통한 실효성 확보, 체계로서의 지속가능성을 위해서는 개방성을 보증하는 도구가 필요하다.

법적 판단에 있어서 법체계 내부 자원이 아닌 논거가 함부로 개입할 수는 없다. 다만 사안의 필요성 등에 의하여 규범 현출이 필요한 경우가 존재한다. 이를 위하여 사법입법이 요청되며, 법원은 사회적·정책적 가치를 종합적으로 반영한 결정을 내리게 된다.<sup>508)</sup> 이 과정에서 법체계<sup>509)</sup>의 對사회적 개방성을 보증하는 도구가 필요하며 법원리는 그러한 역할과 기능을 수행하고 있다.

---

507) Hart는 Hobbes가 말한 주권자의 의지만으로 법으로 승인되기에는 불충분하다고 비판하면서 법관의 승인율을 강조하였다.

508) 법원리의 ‘향도적·계도적’ 기능은 기존 법규범이 단순반복·재생산되는 ‘유지’의 단계에서는 큰 의의가 없다. 법원리의 향도적 기능은 법원리가 그러한 향도·계도를 통해서 일정한 규범적 판단의 잣대를 ‘형성’하는 ‘변화’의 단계에서이다.

509) 체계의 관점에서 간명하게 정리하자면, “operatively closed and cognitively open(Teubner, Law as an Autopoietic System, p.40, 1993)” 상태이다

## 제 6 장 법원리를 활용한 사법입법 분석

### 제 1 절 판례법의 정립과 사법입법

#### 제1항 환경법의 원리와 정책적 목표

##### 1. 환경법원리와 환경법정책

기본권 개념의 확립과 연계된 법원리는 법정책과 환치할 수 없다. 하지만 신생 법규 분야에서는 법원리와 법정책을 환치함에 무리가 없다고 본다. 예컨대 ‘환경보호의 원칙’과 ‘환경보호정책’은 쉽게 환치될 수 있다.

법정책적 특성을 두드러지게 확인할 수 있는 분야는 환경법 분야이다. 법을 통한 정책 목표 실현 및 자원의 배분이라는 성격은 환경법과 같은 신생 법률 분야에서 두드러지게 나타난다. 환경법 분야의 법률들은 - 여타 현대법의 상당수가 공유하는 특질이기도 하나 - 개별 법률이 의도하는 목적을 표방하는 조항들이 존재하며, ‘원칙’들 역시 법률에 자주 등장한다. 이들은 처음에는 선언적 원칙이었으나 점차 실체적 규범으로서의 성격을 인정받았다<sup>510)</sup>.

예컨대 환경 분야에서 어느 정도 공유된 지지를 획득하여 환경법의 원리로 정리하더라도 무방한, 지속가능발전 원칙, 사전배려(예방)의 원칙, 오염원인자책임의 원칙 등은 모두 국제환경 정책에서 출발하였으나, 내용에 대한 긍정적 검토와 확산을 통해서 환경법원리가 되었다고 볼 수

---

510) 이른바 ‘효율성’이 법정책 내지 법경제학을 상징하는 것으로, ‘정의와 가치’가 법원리를 대표하는 것으로 이해하는 이분법적 접근방식을 취하는 경우가 많다. 하지만 이러한 대조적 방식에 잘 부합하는 경우가 일부 있지만 그러한 예가 법정책과 법원리 전체를 대변하는 것이라고 생각하지 않는다.

있다. ‘보편화 가능성’의 관점에서 법정책이 진화하여 법원리의 위상을 얻게 된, ‘위상의 차이’라고 이해하고 있다. 이러한 위상의 차이를 가시적으로 관찰할 수 있는 것이 환경법 분야로서, 환경법의 지속가능발전 원칙, 사전배려 원칙, 오염원인자 원칙 등이 국제 환경정책에서 국내법의 내용으로 편입되고 위상을 확보해가는 과정이다.

더욱이 환경 분야의 불법행위 사안을 다루고 있는데, 해당 사안들을 다룬 법원의 판결이 ‘법정책’적 판단이라고 한다면 그러한 결정이 내려진 ‘목적’이 무엇인지를 규명할 필요가 있다. 법원이 지향하는 ‘정책적 목적’이 무엇인지를 분석할 필요가 있다. 글에서 논급하고 있는 “손해의 공평한 분담”은 불법행위 일반에 적용되는 법원리이기 때문에, 보다 특수한 영역인 환경 분야 불법행위 판결에서 지향하는 정책적 목표 내지는 목적을 규명해야 한다.

환경법 분야의 법률들은 - 여타 현대법의 상당수가 공유하는 특질이기도 하나 - 개별 법률이 의도하는 목적을 표방하는 조항들이 존재하며, ‘원칙’들 역시 법률에 자주 등장한다. 이들은 처음에는 선언적 원칙이었으나 점차 실체적 규범으로서의 성격을 인정받았다.

현재 가장 대표적인 환경법원칙으로는, 지속가능발전의 원칙, 사전배려의 원칙, 오염자책임의 원칙, 협동의 원칙 등을 들 수 있다. 이러한 환경법원칙들은 그 규범적 지위를 추적할 때, 실정법화 과정을 보인다. 예컨대, 지속가능발전 원칙, 사전배려(예방)의 원칙, 오염원인자책임의 원칙은 국제적인 환경정책이 혹은 선언이 각국의 국내 환경정책으로 수용되고 시간에 따라 각국의 환경법에 해당 원칙을 내용을 담은 규정이 입법됨으로써 ‘실정화’되는 과정을 거친다<sup>511)</sup>.

511) 조홍식(2019), 환경법, p.80

“환경법원칙들은 정치적 결단으로 시작했지만, 우리 법질서 속에 수용된 이상 이미 법적 근거를 확보하고 있다. 즉, 헌법상 환경권 규정을 비롯하여 환경정책기본법, 자연환경보전법, 대기환경보전법, 환경영향평가법, 지속가능발전법 등 다수의 환경법률에서 직·간접으로 지속가능발전원칙, 사전배려원칙, 원인자부담원칙과 협동원칙이 명문화되어 있다. 문제는, 환경법원칙 중 원인자책임원칙을 제외하고는 “원칙”으로 명시된 것이 없다는 점이다. 그러나 환경법원칙으로 거론되는 원칙들은 모두 환경보전에 필수불가결한 내용일 뿐 아니라 환경법 전 영역을 광통해 적용될 수 있는 일반적 성

환경법의 정책적 목표는 여러 가지를 들 수 있지만, 가장 중요한 목표 중 하나는 리스크 관리이다. 일반적으로 우리나라 민법의 목적을, ‘공공복리’으로 보는 견해(곽윤진, 민법총칙, 1998), 우리나라 민법의 목적을, ‘사적자치’로 보는 견해(양창수)가 구분되며, 특히 불법행위 손해배상법(tort)의 정책적 목표는, 손해의 공평한 부담이다.

환경법의 경우에는 이에 더하여 리스크 정책이 주요 내용을 구성한다. 일반적인 손해배상책임에 비하여 환경 분야의 손해배상책임은 과학기술 발달로 인한 리스크 대한 적정관리 및 공정한 책임 배분을 통해 환경 자원을 효과적으로 보호하는 것, 그리고 환경 문제와 관련한 개인의 권리 구제에 있어서 실질적으로 동등한 지위를 보증하는 것을 정책적 목표로 고려하고 있다. 이러한 맥락에서 오염원인자 책임원칙(polluter pays principle)이나 사전예방원칙(precaution principle) 모두 공통된 기반을 가진다. 또한 리스크 관리와 함께 실질적(교정적) 정의나 사회적 약자의 제도 접근성 강화 등 역시 환경 정책의 중요한 목표라고 할 수 있다.

환경법 분야의 법률들은 - 여타 현대법의 상당수가 공유하는 특질이기도 하나 - 개별 법률이 의도하는 목적을 표방하는 조항들이 존재하며, ‘원칙’들 역시 법률에 자주 등장한다. 이들은 처음에는 선언적 원칙이었으나 점차 실제적 규범으로서의 성격을 인정받았다.

환경법원칙들은 그 규범적 지위를 추적할 때, 가치의 선언에서 출발해 실정법으로 들어오는 과정을 보인다. 예컨대, 지속가능발전 원칙, 사전배려(예방)의 원칙, 오염원인자책임의 원칙은 국제적인 환경정책이 혹은 선언이 각국의 국내 환경정책으로 수용되고 시간에 따라 각국의 환경법에 해당 원칙을 내용을 담은 규정이 입법됨으로써 실정법화되는 과정을 거치는 것을 들 수 있다.

환경법의 정책적 목표는 여러 가지를 들 수 있지만, 가장 중요한 목표

---

격을 갖고 있다. 또한 ‘신뢰보호의 원칙’, ‘과잉금지의 원칙’, ‘비례의 원칙’ 등은 실정법상의 근거가 없음에도 행정법상 ‘법원칙’으로 널리 인정되고 있다. 그렇다고 한다면 어떤 규범이 법원칙으로 인정되기 위해서 그것이 ‘원칙’임을 명시할 필요까지는 없다고 보아야 한다.”

중 하나는 리스크 관리이다. 리스크 정책은 환경법의 주요 내용을 구성한다. 일반적인 손해배상책임에 비하여 환경 분야의 손해배상책임은 과학기술 발달로 인한 리스크 대한 적정관리 및 공정한 책임 배분을 통해 환경 자원을 효과적으로 보호하는 것, 그리고 환경 문제와 관련한 개인의 권리구제에 있어서 실질적으로 동등한 지위를 보증하는 것을 정책적 목표로 고려하고 있다.

이러한 맥락에서 오염원인자 책임원칙(polluter pays principle)이나 사전예방원칙(precaution principle) 모두 공통된 기반을 가진다. 또한 리스크 관리와 함께 실질적(교정적) 정의나 사회적 약자의 제도 접근성 강화 등 역시 환경 정책의 중요한 목표라고 할 수 있다.

## 2. 환경법의 정책적 성격

환경법은 리스크 정책이 주요 내용을 구성한다. 일반적인 손해배상책임에 비하여 환경 분야의 손해배상책임은 과학기술 발달로 인한 리스크에 대한 적정관리 및 공정한 책임 배분을 통해 환경 자원을 효과적으로 보호하는 것, 그리고 환경 문제와 관련한 개인의 권리구제에 있어서 실질적으로 동등한 지위를 보증하는 것을 정책적 목표로 고려하고 있다. 이러한 맥락에서 오염원인자 책임원칙(polluter pays principle)이나 사전예방의 원칙(precaution principle) 모두 공통된 기반을 가진다.

환경법원칙들은 그 규범적 지위를 추적할 때, 실정법화 과정을 보인다. 예컨대, 지속가능발전 원칙, 사전배려(예방)의 원칙, 오염원인자책임의 원칙은 국제적인 환경정책이 혹은 선언이 각국의 국내 환경정책으로 수용되고 시간에 따라 각국의 환경법에 해당 원칙을 내용을 담은 규정이 입법됨으로써 실정화되는 과정을 거친다.

환경법의 정책적 목표는 여러 가지를 들 수 있지만, 가장 중요한 목표 중 하나는 리스크 관리이다. 리스크 정책은 환경법의 주요 내용을 구성한다. 일반적인 손해배상책임에 비하여 환경 분야의 손해배상책임은 과



학기술 발달로 인한 리스크 대한 적정관리 및 공정한 책임 배분을 통해 환경 자원을 효과적으로 보호하는 것, 그리고 환경 문제와 관련한 개인의 권리구제에 있어서 실질적으로 동등한 지위를 보증하는 것을 정책적 목표로 고려하고 있다.

이러한 맥락에서 오염원인자 책임원칙(polluter pays principle)이나 사전예방원칙(precaution principle) 모두 공통된 기반을 가진다.

또한 리스크 관리와 함께 실질적(교정적) 정의나 사회적 약자의 제도 접근성 강화 등 역시 환경 정책의 중요한 목표라고 할 수 있다.

## 제2항 환경 판례법의 정립

### 1. 법원리를 활용한 판례법의 형성

환경법 분야에서 판례법의 형성 경로는 다음과 같이 관찰된다. 일차적으로 ‘법원리’에 기한 법형성 판결이 이루어진다. 법원리를 논거로 하는 판결은 사회의 정의관념과 형평, 분쟁 당사자들의 실질적 기회 평등 등을 이유로 하여 특정한 법리를 구성한다.

공해소송에 있어서 우리나라 법원이 항상 판결의 이유로서 ‘손해의 공평한 부담’이라는 손해배상 제도의 취지를 선언하고, 분쟁 당사자 간의 실질적 무기 대등을 위하여 피해자의 입증책임 부담을 경감한다고 밝히고 있다. 타 분야와는 달리 공해소송 분야에서 인과관계 성립을 추정하는 차별화된 법리를 구성하는 이유로 제시한 것은 ‘사회형평의 법 관념’이다. 법원은 꾸준히 손해배상 제도의 취지가 “손해의 공평한 부담”에 있음을 논지로 하여 종래의 일반적 불법행위와는 차별화되는 법리에 따라 판단을 내렸다. 손해의 공평한 부담이라는 손해배상 제도의 취지 달성을 위해서는 환경 분야의 특수성을 감안한 증명책임 배분이 필요하다는 이유에서이다.

환경 분야에서의 인과관계 입증의 어려움 때문에 법원은 환경 분야의 불법행위를 일반불법행위와 차별화하는 법리를 발달시키기 시작하였다. 법원은 이 문제를 해결하기 위하여 법관의 자유로운 심증을 거쳐서 인정되는 ‘규범적 인과관계’라는 개념 도구를 사용한다. 그리고 이러한 개념 도구는 ‘법관의 자유심증주의’라는 법원리를 활용하여 형성되었다<sup>512)</sup>. 민사소송법의 ‘자유심증주의’는 법 문언에 고도의 불확정적인 요소들이 산재해 있다. 민사소송법의 ‘자유심증주의’ 규정은 법원의 판단 재량을 열어두고 있다.

그리고 이러한 법원의 판단은 “비슷한 사건은 비슷하게 판결하여야 한다(a similibus ad similia)”라는 유비추론(analogy)의 원칙에 따라 비슷한 내용의 법적 판단이 반복·재생산된다. 일련의 판결들은 배출-도달-피해 발생이라는 구조를 공통적으로 택하고, 결론적으로 피해자가 주장하는 인과관계 성립을 개연성 기준에 따라서 인정한다.

선례 구속주의에 의해, 유사한 사안에 대한 일련의 판결을 통해 해당 사안들을 공통적으로 규율하는 법리가 형성된다<sup>513)</sup>. 법관은 이전의 사안들에 대한 재판을 하면서 형성된 규칙을 판례 속에서 찾아 담당 사안에 적용하게 된다. 선례구속주의를 따르는 법관은 선행 판결 속의 규칙을 정리하고 재언명(restate)하는 과정을 통하여 법을 현출해낸다<sup>514)</sup>. 법관이 선행 사안들에 대한 누적된 재판 결과를 분석하여 규범을 ‘현출(顯出)’하는 것이다. 제1절에서 검토한 공해소송 사건에서의 인과관계 증명부담 완화도 이와 같은 선례구속주의에 따라 일련의 판결들이 집적되면서 이루어져 왔다.

512) 즉, 이 법원리에서 새로운 규칙을 만들어내는 과정은 다음과 같다. ① 법관의 자유심증주의 → ② 규범적 인과관계 → ③ 개연성설에 의한 일응의 추정(prima facie)과 본증주체 변경

513) 영미법과 대륙법의 법계(法系) 차이를 들어서 우리나라에는 선례 구속주의가 적용되지 않는다는 견해도 있으나, 하급심이 상급심 판결에 기속되는 법원조직법 및 실제의 법 현실을 감안할 때 우리나라의 경우에도 선례는 추정적 구속력을 지니고 있다고 이해함이 적합할 것이다.

514) Micheal S. Moore, Precedent, Induction, and Ethical Generalization

“우리 대법원 역시 법원리규범을 원용하여 판결을 내리는 경우가 있다. 실정법 체계에 내재해 있는 가치들을 반영하는 법규범으로서 기능하는 법원리에 의한 법해석을 하면서, 가령 대법원은 공해소송에 있어서 인과관계의 입증책임 문제와 관련하여, ‘손해와 이익의 공평부담원리’라는 정의의 원리를 원용하여 ‘자연력과 가해자 측의 과실행위가 결합하여 손해가 발생한 경우 가해자의 배상액을 감액할 수 있는가?’라는 법률적 사안을 해결하기도 한다. 이처럼 법질서에 들어 있는 법원리규범을 원용하여 해당사안에 확정적 법규범이 없는 경우 그 사안에 적용할 법규범을 정립하는 ‘법원리에 의한 법보충’에서 보듯이 법원리규범은 우리 법체계에서 중요한 역할을 하고 있다고 할 것이다.<sup>515)</sup>”

법원리를 활용한 정책적 결정의 타당성이 확보되면, 유사한 사안에서 법 논리의 전파와 확산이 일어난다. 대법원 81다558 판결(김양식장 공해소송 판결)이 선고된 1984년 이래, 현재에 이르기까지 35년이 넘는 기간 환경 분야의 여러 후속 판결에서 법원은 공통된 법리를 활용함으로써 입증책임 완화는 공고한 판례 법리로 정립되었다<sup>516)</sup>. 이는 선례 구속주의가 현실에서 작동하는 예를 잘 보여준다 하겠다.

법원이 법원리에 기한 판단기준을 정립할 수 있도록 돕는 부수적 장치는 자유심증주의이다. 법원이 이처럼 논리를 축조하는 과정을 간략하게 도식화하면, 자유심증주의에 따라 과학적 인과관계와 규범적 인과관계를 구분한다. 그리고 규범적 인과관계의 조건을 사회적 수용이 가능한 합리적 수준으로<sup>517)</sup> 제시한다.

515) 김도균, 법적 이익형량의 구조와 정당화문제, 2007, p.39

516) 이러한 판례법의 확산 양상에 대한 분석은, 법관법의 규범적 위상에 관한 논의와도 이어진다. 보다 구체적으로는 법원 판결을 통해서 구축된 선례를 이해하는 방식, 선례의 추정적 구속력 여부에 관한 논의를 통하여 법원 결정에 동원되는 법적 사고 과정에 대한 한층 면밀한 분석이 가능하다. 법관법의 법원성과 선례의 추정적 구속력을 인정하는 Fikentscher의 연구처럼 법원 판결에 법원(法源)으로서의 위상을 부여하는 입장도 있는 반면, 법관법은 ‘법원’이 아니라 ‘법인식원’으로서 기능한다는 Esser와 같은 입장도 있다. 또한 법질서의 기능적 완전성을 주장하지만 선례의 규범적 지위를 부정하는 Muller의 연구도 존재한다.

517) 신개연성설의 배출-도달-피해와 같은 기준

물론, 자유 심증주의가 결코 법관의 자의적 판단을 의미하지는 않으며, 증거에 대한 법관의 판단은 논리와 경험법칙에 합치해야 하므로 증거의 증명력을 법관의 자유판단에 의하도록 한 것은 그것이 실체적 진실발견에 적합하기 때문이지 법관의 자의적인 판단을 인용한다는 것은 아니므로<sup>518)</sup>, 인과관계 유무에 대한 법원의 판단에는 논리적 근거가 필요하다. 증명은 합리적 의심(reasonable doubt)을 차단할 수 있는 객관적 개연성과 주관적 확신이 필요하다(이동진, 2013)<sup>519)</sup>. 인과관계는 ‘고도의 개연성이 존재한다는 법관의 확신’을 형성하는 수준으로 입증되어야 하기 때문에 증명력의 수준이 문제가 된다<sup>520)</sup>.

그러나 법원은 법적 사건에 있어서의 인과관계는 ‘규범적’ 차원의 인과관계이기 때문에 ‘과학적’ 인과관계와는 차별화됨을 강조하고 있으며, 이러한 차이의 강조는 과학적 인과관계 추적이 어려운 환경 분야에서 특히

518) 대법원 2007.5.10 선고, 2007도1950 판결

: 증거판단에 관한 전권을 가지고 있는 사실심 법원은 사실인정에 있어 공판절차에서 획득된 인식과 조사된 증거를 남김없이 고려하여야 한다. 그리고 증거의 증명력은 법관의 자유판단에 맡겨져 있으나 그 판단은 논리와 경험법칙에 합치하여야 하고, (...) 과학적 증거방법은 그 전제로 하는 사실이 모두 진실임이 입증되고 그 추론의 방법이 과학적으로 정당하여 오류의 가능성이 전무하거나 무시할 정도로 극소한 것으로 인정되는 경우에는 법관이 사실인정을 함에 있어 상당한 정도로 구속력을 가지므로, 비록 사실의 인정이 사실심의 전권이라 하더라도 아무런 합리적 근거 없이 함부로 이를 배척하는 것은 자유심증주의의 한계를 벗어나는 것으로서 허용될 수 없다

519) "증명책임 배분의 실질적 근거로 들어지는 요소 중 다수, 즉, ① 개연성(당해 사태가 존재할 개연성이 높은지 그렇지 아니할 개연성이 높은지), ② 증명가능성(甲이 존재를 증명하는 것과 乙이 그 부존재를 증명하는 것 중 무엇이 더 용이한지), ③ 예상되는 소 제기 건수 등은 대체로 이러한 유인효과와 관계되어 있다. 보다 개연성이 낮은 사태를 주장하는 사람이, 그리고 보다 적은 비용으로 증거를 제출할 수 있는 사람이 증명책임을 부담할 때에 당사자의 증명비용의 합이 낮아지고, "신속하며 경제적"인 소송(민사소송법 제1조)이 가능해진다. 그 이외에 권리자에게 높은 수준의 증명책임을 지우면 권리가 있어도 굳이 소를 제기하여 관철하지는 아니하는 예가 생기고, 낮은 수준의 증명책임을 지우면 사실은 권리가 없음에도 소를 제기할(濫訴) 위험이 생긴다. 이때 증명책임을 배분은 이들 중 어떤 위험을 감수할 것인지에 대한 법정정책적 결단을 포함하게 된다."

520) "법관은 재판을 하여야 하므로, 법관은 자신의 사고실험 내지 추체험의 결과에 의존할 수밖에 없다. 증명은 객관적 개연성에 의하여 뒷받침되는, 그러나 어디까지나 주관적인 확신인 것이다." (이동진, 2013, p. 174)

두드러진다. 이러한 이유로 1970년대부터 환경 분야에서는 해당 분야의 '특수성'을 강조하며 인과관계에 관한 고유한 판례가 형성·축적되기 시작하였다<sup>521)</sup>. 공해로 인한 손해배상청구소송에 있어서 가해행위와 손해 발생 사이의 인과관계의 입증의 정도를 여타 사건과 달리 완화하는 판결들이 생성되었다.

70년대 이후 일련의 과도기<sup>522)</sup>를 거쳐, 법원은 '개연성(蓋然性) 이론'을 활용한 판결을 내린다. 대법원이 개연성 이론을 수용한 이유는, “무릇 불법행위로 인한 손해배상에 있어서 불법행위의 성립요건으로서의 인과관계는 현실로 발생한 손해를 누구에게 배상책임을 지울 것인가를 가리기

---

521) 개연성(蓋然性) 이론은 일본 토쿠모토 켄 교수가 광해로 인한 손해배상 청구과정에서 주창한 이론이다. 개연성 이론의 주요 골자는 공해소송에서 피해자는 일반 불법행위소송에서와 같이 인과관계의 엄격한 증명을 요하지 않고 개연성, 즉 상당한 정도의 가능성만 입증하면 되며 가해자가 배상책임을 면하려면 그 인과관계가 존재하지 아니함을 반증하지 않으면 안 된다는 것이며, 법리적 구성을 분석할 때, 증거의 우월설 내지 사실상 추정설과 밀접한 관련이 있다.

이러한 개연성 이론을 보다 발전시켜 등장한 신개연성이론은 인과관계의 존재를 유형화한다. 몇 개의 주요사실을 간접증명에 의하여 입증하면 나머지 사실은 일응의 추정에 의하여 추인하고, 가해자측에서 피해자가 한 간접사실의 증명을 반증하거나 다른 간접사실을 입증(간접반증)하지 않으면 안 된다는 이론이다. 신개연성설 이론에 따른 인과관계의 구성은 아와지 다케히사 교수 등이 주창하였는데 그 주요 내용은 다음과 같다. ①원인물질 혹은 기전(mechanism)의 존재, ②가해기업의 원인물질 생성, 배출, ③원인물질이 피해자 또는 피해지역 도달. 위의 3가지 중 2가지 사실을 간접사실에 의해 증명하는 경우 가해자측에서 다른 간접사실을 증명하여 인과관계를 부정하지 않는 한 인과관계를 인정하여야 한다는 이론이다. 다케히사 교수도 인과관계는 단일 사실이 아니라 복수의 사실이 결합된 것으로서, 특정 물질이 외부로 유출되고 매체를 통한 확산과, 피해자 및 피해지역에 도달로 인하여 손해가 발생하게 되었다면 이 과정을 전부 입증하여야 하는 것이 아니고 약간의 추정에 의하여 특정물질의 발생 다른 증명주체나 경험칙만으로 인과관계 존재가 추정된다고 한다. 피고가 특별한 사정에 의해 그와 같은 경험칙이 적용되지 않는다고 주장하기 위해서는 그 특별한 사정의 존재를 간접반증해 한다.

522) 우리나라에서도 1970년대 일본의 개연성설이 도입되기 시작하였다. 대법원이 처음부터 개연성설을 인정하였던 것은 아니다. 우리나라 법원의 입장은 한 때 표류하였는데, 1973년 11월 27일 대법원 판결이 선고된 73다 919 사건에서 대법원은 인삼 고사(枯死)에 대한 손해배상청구에 대하여 개연성설에 의거해 피고의 손해배상 의무를 인정한 원심 판결을 파기하였다. 일반불법행위의 입증책임과 다른 증명책임 법리를 구성할 필요성을 인정하기 어렵다는 이유에서였다. 하지만 1974년 12월 10일 선고된 한국전력 손해배상 사건 판결에서는 대법원은 개연성 이론을 활용한 판결을 내린다.

위한 개념이므로 자연과학의 분야에서 말하는 인과관계가 아니라 법관의 자유심증에 터 잡아 얻어지는 확신에 의하여 인정되는 인과관계”를 말한다는 이유였다. 대법원은 “침해행위와 손해와의 사이에 인과관계가 존재하는 상당정도의 가능성이 있다는 입증을 함으로써” 충분하다는 입장을 취하기 시작했다.

법원은 이후 1984년 선고한 대법원 81다558 판결<sup>523)</sup>에서 간접반증에 따라 김양식장의 피해에 대한 인과관계를 인정하였다. 법원은 “가해기업이 배출한 유해한 원인물질이 피해물건에 도달해 손해가 발생하였다면 가해자 측에서 그 무해함을 입증하지 못하는 한 책임을 면할 수 없다”라고 판시하였다. 해당 판결 이후 환경 분야의 인과관계 증명은 개연성을 입증하는 것으로 충분하다는 완화된 인과관계 입증 기준을 일관되게 견지하고 있다.

일련의 환경오염 소송에서 법원은 과학적·기술적 복잡성이 존재하는 환경 분야의 특수성 및 소송 당사자 간 존재하는 실질적 불균형을 고려하여, 다음과 같이 ‘㉠배출-㉡도달-㉢피해’의 세 가지 요건 사실의 증명

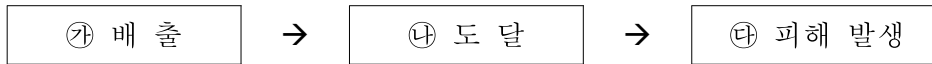
---

523) 대법원 1984.6.12, 선고, 81다588 판결(김양식장 판결)

가. 일반적으로 불법행위로 인한 손해배상청구사건에 있어서 가해행위와 손해발생간의 인과관계의 입증책임은 청구자인 피해자가 부담하나, 수질오탁으로 인한 이 사건과 같은 공해로 인한 손해배상청구 소송에 있어서는 기업이 배출한 원인물질이 물을 매체로 간접적으로 손해를 끼치는 수가 많고 공해문제에 관하여는 현재의 과학수준으로 해명할 수 없는 분야가 있기 때문에 가해행위와 손해발생 간의 인과관계의 고리를 모두 자연과학적으로 증명하는 것은 곤란 내지 불가능한 경우가 대부분이므로 피해자에게 사실적 인과관계의 존재에 관한 엄밀한 과학적 증명을 요구함은 공해의 사법적 구제의 사실상 거부될 우려가 있는 반면에 가해기업은 기술적 경제적으로 피해자 보다 원인조사가 훨씬 용이할 뿐 아니라 그 원인을 은폐할 염려가 있어, 가해기업이 배출한 어떤 유해한 원인물질이 피해물건에 도달하여 손해가 발생하였다면 가해자측에서 그 무해함을 입증하지 못하는 한 책임을 면할 수 없다고 봄이 사회형평의 관념에 적합하다.

나. 수질오탁으로 인한 공해소송인 이 사건에서 (1)피고공장에서 김의 생육에 악영향을 줄 수 있는 폐수가 배출되고 (2)그 폐수중 일부가 유류를 통하여 이 사건 김양식장에 도달하였으며 (3)그 후 김에 피해가 있었다는 사실이 각 모순없이 증명된 이상 피고공장의 폐수배출과 양식 김에 병해가 발생함으로 말미암은 손해간의 인과관계가 일응 증명되었다고 할 것이므로, 피고가 (1)피고 공장폐수 중에는 김의 생육에 악영향을 끼칠 수 있는 원인물질이 들어 있지 않으며 (2)원인물질이 들어 있다 하더라도 그 해수혼합율이 안전농도 범위내에 속한다는 사실을 반증을 들어 인과관계를 부정하지 못하는 한 그 불이익은 피고에게 돌려야 마땅할 것이다.

으로 구성된 입증기준을 실시한다<sup>524)</sup>.



81다558 판결 이후의 결정들은 사소한 표현 차이만 있지 동일한 법리를 적용해 문제를 판단하고 있다. 대법원 89다카1275 판결(아황산가스 사건), 대법원 95다2692 판결(농어양식장 사건), 대법원 2009다84608,84615,84622,84639 판결(수도권 매립지 사건), 대법원 2000다65666 판결 요지(김양식장 사건) 공해소송에서의 인과관계 판단에 있어서 같은 논리가 활용되었다<sup>525)</sup>.

법원이 입증책임을 완화하는 특수법리를 형성한 이유는 정책적인 고려 때문이다. 법원이 정책적 견지에서 특수법리를 형성하고 활용한다는 사실은, 판결문의 요지에 정책적 요소별로 실시되어 있다. 법원은, ①전통적인 불법행위 증명책임 배분에 따르는 경우 '사법적 구제를 거부하는 결과'가 초래될 우려 및 ②가해기업이 기술적·경제적으로 유리한 위치에 있기 때문에 소송 당사자 간의 지위가 실질적으로 평등하지 않다는 점, 그리고 ③이러한 사항들을 종합적으로 고려하였을 때 '사회 형평의 관념'

524) 수질오탁으로 인한 공해소송인 이 사건에서 ①피고공장에서 김의 생육에 악영향을 줄 수 있는 폐수가 배출되고 ②그 폐수 중 일부가 유류를 통하여 이 사건 김양식장에 도달하였으며 ③그 후 김에 피해가 있었다는 사실이 각 모순 없이 증명된 이상 피고공장의 폐수배출과 양식 김에 병해가 발생함으로 말미암은 손해 간의 인과관계가 일응 증명되었다고 할 것이므로, 피고가 ①피고 공장폐수 중에는 김의 생육에 악영향을 끼칠 수 있는 원인물질이 들어 있지 않으며, ②원인물질이 들어 있다 하더라도 그 해수혼합율이 안전농도 범위 내에 속한다는 사실을 반증을 들어 인과관계를 부정하지 못하는 한 그 불이익은 피고에게 돌려야 마땅할 것이다.

525) 가해기업이 유해물질을 배출하고 그것이 피해자 측에 도달해 손해가 발생하였다면 가해기업이 반증하지 않는 한 인과관계를 추정하는 법리는 대법원 2004.11.26 선고 2003다2123을 비롯한 여러 판결에서 반복된다. 이는 환경오염 손해배상청구 사건에서 법원은 환경오염 사건의 특수성 및 기업과 피해자 간의 기술적·경제적 실질적 격차를 고려하여 원고 측의 입증부담을 완화시키고 있다. 이러한 입증부담 완화 법리를 통해서 법원은 환경오염 사건에 대한 사법적 구제 기회를 부여하고, 소송 당사자 간 무기의 대등을 그 정책적 효과로서 도모하고 있다.

에 적합하기 위해서는 신개연성설에 따른 완화된 수준의 입증만으로도 인과관계의 증명이 충분하다고 보고, 그에 대한 반증책임은 피고 기업에게 있다고 판시한다. 즉, 일련의 공해소송 판결에서 법원이 정책적 논거를 활용하여 결정을 내린다는 것이다. 이는 법원이 피해자의 권리 구제를 수월하게 돕기 위한 정책적 견지의 논변을 구성하였다고 평가된다.

이처럼 법원은 공해소송의 구체적 사안을 판단하면서 일정조건을 충족하면 인과관계를 추정하고 이의가 있는 자는 반증(反證)을 통해 추정을 깨트릴 수 있다는 인과관계 추정 법리를 통해 증명책임 배분에 관한 새로운 법리를 발달시켰고, 이는 상당 기간 지속된 공고화 과정을 거쳐 실질적 규범으로 작용하고 있다. 이는 판단의 집적과 지속적 재평가를 통한 규범 형성을 보여주는 대표적 예이다.

## 2. 선례로서의 정립과 법리 세분화

물론, 특정한 법원리를 활용한 정책적 결정이 도출되었다고 하여서 모든 결정이 선례로 정립되는 것은 아니다. 판결을 하는 법원은 논증을 거치며 해당 논증의 과정에서 참고할 선례가 무엇인지를 어떻게 판단하는가 하는 단계가 남아있기 때문이다.

이에 관해서 아이젠버그(Eisenberg)는 판결을 내리는 법원은 선례의 법리를 ‘해석’하는 것이 아니라 선례의 법리를 ‘정립(establishing the rule of a precedent)’<sup>526)</sup>한다고 보는 것이 타당하다고 정리하고 있다.<sup>527)</sup>

526) Eisenberg, Melvin Aron, The Nature of the Common Law

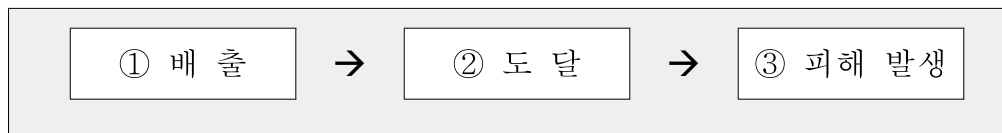
“판결 법원은 선례의 법리를 재구성하는 경우에도 보통 선례 판결을 내린 법원도 그렇게 하였을 것이라고 생각되는 방향으로 판결을 한다. 그러나 판결 법원은 선례에서 선언한 법리의 문언을 재구성하거나 근본적으로 개조하기도 하고, 선례가 어떠한 법리를 지지하는 것인지를 결정함에 있어서 선례 법원의 의도뿐만 아니라 선례에 관한 전문적인 논의 및 해당 선례가 선고된 이후의 사회적 및 법리적 명제의 변화를 검토하여, 어떠한 변화가 가장 사회와 합치되고 체계적으로 일관되는지 등을 고려한다. 따라서 판결 법원이 선례의 법리를 ‘해석’하는 것이 아니라 ‘정립’하는 것이라고 말하는 것이 옳다.”

527) 선례로서의 효과(precedential effects)를 부여하기 위해서는 정립이 필수적이라는 아이젠버그는 선례를 정립하는 유형을 구분하여 최소주의(minimalist) 접근법,



입증책임에 관한 특수 법리는 내적 세분화를 통한 고유 법리를 형성한다. 앞서 살펴본 환경오염으로 인한 손해배상을 청구한 사건에서 피해자의 주장이 인정된 경우는 대부분 재산피해 사안들이다. 피해가 발생한 대상이 인간의 신체인 경우에는 인체에 질병을 일으키는 요인이 다양하고 복합적이라는 이유 때문에 손해배상책임의 성립에 관한 인과관계의 인정 문제가 더욱 어려워진다.

물론 인과관계 존부 판단에 있어서 법원이 상기 확인한 '배출-도달-피해'라는 세 가지 요건을 활용한다는 점은 재산피해나 신체피해 양자 모두 동일하다. 예컨대, 망우동 연탄공장 인근 주민의 진폐증 손해배상청구에 관한 서울지법 88가합2897 판결<sup>528)</sup>에서 법원의 논증 구조를 간명하게 정리하면 다음과 같다



결론중시(result oriented) 접근법, 선언적(announcement) 접근법 세 가지 유형으로 분류한다. 최소주의 접근법에 따르면, 선례의 법리는 선례 법원이 선언한 법리 중 판결을 하는 데 필수적인 부분이다. 결론중시 접근법에 따르면, 선례의 법리는 그 선례의 사실관계로부터 선례의 결론에 도달하기 위해 법원이 취하여야 하는 입장이다. 선언적 접근법에 따르면, 선례의 법리는 법원이 다루는 분쟁의 쟁점에 관하여 법원이 언급한 법리 그 자체이다. 선언적 접근법은 해당 법리를 법원이 선언하였다는 이유만으로 비중을 부여한다.

아이젠버그는 이 중 가장 많이 사용되는 통상적인 방법은 선언적 접근법이라고 말하면서, 법원은 선례에서 선언된 법리로부터 시작하는 방법으로 선례를 추론한다고 분석한다

"최소주의 접근법처럼 판결 법원이 선례가 선언한 법리를 선례 법원의 판결에 필수적인 최소한의 것으로 한정하는 것은 드물며, 결론중시 접근법처럼 판결 법원이 선례의 사실관계 및 결론으로부터 이끌어낸 법리를 우선하여 선례가 선언한 법리를 무시하는 것은 더욱 드물다. (...) 법원은 통상적으로 선언적 접근법처럼, 선례에서 선언된 법리로부터 시작하는 방법으로 선례로부터의 추론을 하고 있다. 순수장래효적 판례 변경을 시도한 판결의 법리를 존중하는 것은 선언적 접근법에 의해 선례의 법리를 정립하는 것의 대표적인 예이다."

528) [서울지방법원 1989년 1월 12일 선고, 88가합2897 판결]

원고 : 박○래 (서울 상봉동 연탄공장 부근 거주민, 진폐증 발병)

피고 : 저탄장 및 연탄제조 공장을 운영하는 강원산업주

판결 : 피고는 재산상 손해(500만원)와 위자료(500만원)를 합한 1,000만원 및 그 지연손해금을 원고에게 지급하라는 원고승소 판결 선고

- ① 피고의 연탄공장에서 석탄분진이 생성·배출되고<sup>529)</sup>
- ② 석탄분진 중 일부가 원고 거주지에 확산·도달되었으며<sup>530)</sup>
- ③ 그 이후 원고에게 진폐증(탄분침착증) 발병 피해가 발생<sup>531)</sup>

법원은 "대기오염으로 인한 공해소송에 있어서는 가해자의 공장에서 대기에 악영향을 줄 수 있는 석탄분진이 생성·배출되고, 그 석탄분진 중 일부가 대기를 통하여 피해자의 거주지 등에 확산·도달되었으며, 그 후 피해자에게 진폐증의 발병이라는 피해가 있었다는 사실이 모순 없이 증명된다면 위 석탄분진의 배출이 피해자가 진폐증에 이환된 원인이 되었을 개연성이 있음은 일응 입증되었다고 보아야 할 것이고, 이러한 사정 아래에서는 가해자가 그 공장에서의 분진 속에는 피해발생의 원인물질이 들어 있지 아니하며 원인물질이 들어 있다 하더라도 그 혼합율이 피해발생에는 영향을 미치지 아니한다는 사실을 반증을 들어 증명하지 못하는 이상 그 불이익은 가해자에게 돌려 그 분진배출과 피해자의 진폐증 이환 사이에 원인관계의 증명이 있다고 보아야 마땅"하다는 결정을 내렸다.

그런데 이 판결은 환경성 신체피해 손해배상청구 사건에서 희소성이 높은 판결이다. 환경피해 중 신체피해로 승소한 판결을 찾기 어려운 까닭이다. 손해배상을 청구하는 대상이 재산피해인가, 신체피해인가에 따라서 법원의 논증은 달라진다. 재산피해의 경우에는 '배출-도달-피해'라는 요건만 증명이 되면 인과관계 성립을 인정하지만, 신체피해의 경우에는

529) 산업안전보건법에 따른 석탄분진 배출허용농도는  $5\text{mg}/\text{Sm}^3$ 이고, 환경보건법에 따른 석탄제품 제조시설 및 저장시설 분진배출허용기준  $2\text{mg}/\text{Sm}^3$ 인데, 피고 공장의 비산분진 배출량은  $1.5\text{mg}/\text{Sm}^3 \sim 2.9\text{mg}/\text{Sm}^3$ (서울시 검사결과)로서, 산업안전보건법에 다른 기준에는 미달하였으나 환경보건법에 따른 기준은 상회하는 수치였다.

530) 피고 공장과 원고 거주지의 거리는 수백 미터 떨어져 있어 경험칙상 공장에서 분출되는 석탄분진이 원고의 거주지까지 확산 가능

531) 원고는 진폐증 발병할 특별한 직업력이 없는 사람으로서(음식점 및 양장점 등 경영) 상봉동 이주('79) 전에는 기관지염 등 호흡기질환을 가볍게 앓은 적은 있었으나 특별히 아픈 곳이 없었고 '83년 발병해서 여러 병원을 전전하며 치료를 계속하다 '86년 진폐증 판정을 받음

특이성 질환과 비특이성 질환으로 양분하여 특이성 질환은 재산피해와 마찬가지로 입증을 하면 인과관계를 인정하나 비특이성 질환은 2단계의 인과관계 증명이 필요하다고 결정한다. 연탄공장 판결에서 법원이 배출-도달-피해라는 기준에 의해서만 인과관계 존부를 확인한 것은 사안에서 문제가 된 질병이 진폐증, 특정 병인에 의하여 발생하고 원인과 결과가 명확히 대응하는 '특이성 질환'이라서 가능하였다. 원인과 결과의 1:1 매칭이 가능한 '특이성 질환'의 경우에는 '배출-도달-피해발생'이라는 세 가지 요건을 구비하면 개별적 인과관계 개연성을 인정받아 피해자의 손해배상청구가 수용된다.

이와 달리, '특이성 질환'이 아닌 '비특이성 질환<sup>532)</sup>'의 경우, 법원이 분쟁 사건을 판단함에 있어서는 2단계의 관문을 거칠 것을 요구한다. 1차적으로는, 집단적인 차원의 '역학적' 인과관계를 증명해야 하고, 집단적·역학적 인과관계가 증명되면 피해를 주장하는 개인마다 추가적인 입증을 하는 '개별적' 인과관계를 증명해야 한다. 비특이성 질환<sup>533)</sup>은, "그 발생원인 및 기전이 복잡다기하고, 유전·체질 등의 선천적 요인, 음주, 흡연, 연령, 식생활습관, 직업적·환경적 요인 등 후천적 요인이 복합적으로 작용하여 발생하는 질환<sup>534)</sup>"으로서, 법원은 비특이성 질환의 경우에는 특정 위험인자와 비특이성 질환 사이에 역학적 상관관계가 인정된다 하더라도, 어느 개인이 그 위험인자에 노출되었다는 사실과 그 비특이성 질환에 걸렸다는 사실을 증명하는 것만으로 양자 사이의 인과관계를 인

532) 비특이성 질환의 정확한 보건의료적 개념은, 미국의 연방사법센터와 국가연구평의회가 공동으로 작성한 '과학적 증거 참조편람'에 등장하는 signature disease로 인정된다.

533) Hurtado v Purdue Pharma Co. 2005 NY 판결문에서, "비특이성 질환은 특정 물질에의 노출로 유발되는 고유한 관계가 확인되고, 그러한 물질에 노출되지 않은 사람들에게는 발병하는 경우가 드문 질병(signature diseases are those that are uniquely related to exposure to a certain substance and are rarely observed in individuals that are not exposed)라는" 설명이 등장하며, Taylor v. Airco, Inc. 494 F. Supp.2d 21, 2007 판결문에서도 signature disease 개념이 등장한다.

534) 대법원 2006다17539 판결, 2011다22092 판결, 2011다7437 판결

정할 만한 개연성이 증명되었다고 볼 수 없다.

비특이성 질환에 대한 손해배상 청구를 위해서는, 해당 개인이 위험인자에 노출된 시기와 노출 정도, 발병시기, 그 위험인자에 노출되기 전의 건강상태, 생활습관, 질병 상태의 변화 가족력 등을 추가로 증명해야 한다. 즉, 인과관계 '개연성'을 인정받기 위해서 단순한 통계적 자료 외에도 개별적인 추가자료 입증이 필요한 2단계 과정을 거쳐야 한다<sup>535)</sup>. 개별적 인과관계 증명을 위한 2단계 구조는 신체피해 사건의 특유한 논리로서, 재산피해와 같이 '배출-도달-피해'라는 입증만으로 인과관계 개연성을 인정받는 특이성 질환은 소수에 불과하며 대부분의 2단계 입증으로 인하여 신체피해 사건 대부분은 배상청구가 수용되지 않는다<sup>536)</sup>. 물론 공해소송의 효시가 되는 온산사건처럼 비특이성 신체피해를 호소하여 손해배상을 인정을 받은 경우도 있으나 해당 사건에서는 정신적 피해에 대한 위자료<sup>537)</sup>가 지급된 것이지 신체적인 질환을 정확하게 판단하여 손해를 인정한 사안은 아니었다.

그러나 중국적으로는 대법원에서 염소성 여드름을 제외한 고엽제 질환의 대부분이 비특이성 질환임을 이유로 입증의 불충분함으로 인하여 피해 및 배상청구권을 인정받지 못하였다. 우리나라 법원은 역학적 인과관

535) 그 위험인자에 노출된 집단과 노출되지 않은 ㉠다른 일반 집단을 대조하여 역학조사를 한 결과 그 위험인자에 노출된 집단에서 그 비특이성 질환에 걸린 비율이 그 위험인자에 노출되지 않은 집단에서 그 비특이성 질환에 걸린 비율을 상당히 초과한다는 점을 증명하고, 그 집단에 속한 ㉡개인이 위험인자에 노출된 시기와 노출 정도, 발병시기, 그 위험인자에 노출되기 전의 건강상태, 생활습관, 질병 상태 변화, 가족력 등을 추가로 증명하는 등으로 그 위험인자에 의하여 그 비특이성 질환이 유발되었을 개연성이 있다는 점을 증명하여야 한다(대법원 2006다17539 판결; 2011다22092; 2011다7437 판결).

536) 이러한 1차 관문과 2차 관문의 존재는 일견 합리적으로 보일 수도 있으나 2차 관문을 통과하는 비특이성 질환이 극히 드물다는 것, 그리고 '역학조사' 자료의 현출이라는 1차 관문의 통과도 제도적으로 보증되어 있지 않게 때문에 기초적인 자료를 쉽게 제시할 수 있지 않다는 점에서 정책적 개선점을 함께 고민해볼 필요가 있다.

537) 제1심 재판부인 부산지방법원 울산지원은 1988년 12월 29일 피고들은 공동으로 인체피해 위자료 7,700만원과 농작물피해보상금 2억3천만원 등 모두 3억7백만 원을 원고들에게 지급하라는 판결을 내렸는데, 이는 신체피해에 대하여 위자료를 지급하게 한 우리나라 최초의 판결에 해당한다.

계를 개별적 인과관계가 존재할 수 있는 '확률적·통계적 가능성'으로 이해하여, 인과관계를 추정할 만한 충분한 개연성을 갖기 위해서는 다른 사실들과 결합되어야 한다면서 베트남戰 고엽제 손해배상청구 사건에서 "어느 위험인자와 어느 질병 사이에 역학적으로 상관관계가 있다고 인정된다 하더라도 그로부터 그 집단에 속한 개인이 걸린 질병의 원인이 무엇인지가 판명되는 것은 아니"라고 판시하였다<sup>538)</sup>.

법원은 신체피해 인정에 있어서, - 해당 피해의 원인이 공해이건 제조물<sup>539)</sup>이건 간에 - 비특이성 질환은 2단계 증명을 할 것을 요구한다. 역학적 인과관계를 인정받았다 하더라도, 손해배상을 위해서는 개인적 차원의 구체적·개별적 인과관계 성립을 추가로 증명해야 한다는 2단계 입증 논리에 대해서는 의료계의 공식적 비판이 제기된 바 있다<sup>540)</sup>. 대한예방의학회·한국역학회는 'Hill의 인과성 판단 고려요소<sup>541)</sup>'에 따라서 법원이 1차적·선행적이라고 판단하는 역학적 인과관계 자료를 활용하여서도 충분히 개별적 인과관계 성립을 논할 수 있다고 비판한다. 하지만 인과관계 판단에 관한 가장 기초적인 논리, - 법원이 내리는 인과관계 판단은 자연과학적인 것이 아니라 규범적인 것이라는 논리 - 에 따라서

538) 대법원 2013.7.12. 선고, 2006다17539 판결

: 역학(疫學)이란 집단현상으로서의 질병의 발생, 분포, 소멸 등과 이에 미치는 영향을 분석하여 여러 자연적·사회적 요인과의 상관관계를 통계적 방법으로 규명하고 그에 의하여 질병의 발생을 방지·감소시키는 방법을 발견하려는 학문이다. 역학은 집단현상으로서의 질병에 관한 원인을 조사하여 규명하는 것이고 그 집단에 소속된 개인이 걸린 질병의 원인을 판명하는 것이 아니다. 따라서 어느 위험인자와 어느 질병 사이에 역학적으로 상관관계가 있다고 인정된다 하더라도 그로부터 그 집단에 속한 개인이 걸린 질병의 원인이 무엇인지가 판명되는 것은 아니고, 다만 어느 위험인자에 노출된 집단의 질병 발생률이 그 위험인자에 노출되지 않은 다른 일반 집단의 질병 발생률보다 높은 경우 그 높은 비율의 정도에 따라 그 집단에 속한 개인이 걸린 질병이 그 위험인자로 인하여 발생하였을 가능성이 얼마나 되는지를 추론할 수 있을 뿐이다

539) 베트남전 고엽제로 인한 각종 질환, 담배 흡연으로 인한 폐암 등

540) "흡연과 폐암의 인과성에 대한 의견", 대한예방의학회·한국역학회 담배와 폐암 소송 관련 특별위원회, 2015년 5월 13일

541) Hill's considerations for causation : 관련성의 강도(strength), 일관성(consistency), 특이성(specificity), 시간적 선후관계(temporality), 용량-반응관계(dose-response relationship), 생물학적 설명가능성(biological plausibility), 기존 지식과의 일치성(coherence), 실험적 입증(experiment), 유사성(analogy)

법원은 법적 인과관계를 달리 판단할 수 있고 지금까지 ‘비특이성 질환에 관한 2단계 입증’ 논리는 여전히 유효하다.

비특이성 질환에 관한 판례 법리는 소멸시효 사안 등 앞서 살펴본 판결들과 성격상 차이가 두드러진다. 법원의 법형성 작용이라는 점에서는 마찬가지이나, 여타 사안에서는 법원이 성문법을 그대로 적용하는 것이 가혹하다는 점을 들어 법 문언을 뛰어넘거나 규정 자체를 무력화시키는 판단을 하였던 반면, 비특이성 질환의 경우에는 인과관계 입증 법리의 내적 구체화와 변이를 통하여 고유한 세부 논리가 형성되었지만 이는 기존에 형성된 신개연성설(간접반증설)의 논리가 충분히 되지 못하는 적용 제외 영역(비특이성 질환)을 만드는 결과를 가져왔다. 사회적 형평의 법원리에서 비롯한 신개연성설의 법리에도 불구하고, 비특이성 질환에서는 일반적 인과관계의 입증 외에도 개별적 인과관계를 추가로 입증하라는 문턱을 법원이 다시 만든 것은 그 근간이 되는 ‘형평’의 관점에서 볼 때 비특이성 질환에 관해서는 입증부담을 차별화해야 할 필요가 있다는 또 한번의 정책적 판단이 적용해서이다. 이처럼 환경 분야에 있어서의 법원의 판단은 사안의 구체적 타당성에 따라 중층의 법리가 형성되고 누적·발전되었다<sup>542)</sup>.

비특이성 질환에 관한 법원의 판단은, 단순히 가해자(주로 기업)와 피해자(평범한 일반 개인) 간의 사회경제적 격차 등의 따져 권리구제 기회의 부여라는 점만을 고려한 것이 아니라, 과학적 불확실성 - 특히 보건 의료 분야에 있어서의 불확실성 - 에 어떻게 대응할지에 관한 법원의 숙고가 담긴 법원리를 활용한 정책적 결정으로 봄이 적합하다. 과학 기

---

542) 법원은 가부(可否)의 이분적 구도 하에서 규범적 판단을 내리게 되는데, 과학적 인과관계를 규범적 관점에서 판단할 때 직면하는 가장 큰 문제는 과학적 인과관계의 성격과 규범적 인과관계의 성격이 상이하다는 것이다. 환경보건 분야에서의 과학적 인과관계는 어떤 요인이 특정 결과에 어느 정도의 강도로 기여했는지를 설명하는 ‘연속적인(continuous) 관계’를 전제한다. 하지만 이를 법적 판단의 차원으로 끌어올 때는 인과관계가 유무를 이원적으로 분별하는 비연속적(discontinuous) 관계의 사고방식을 취하게 된다. 이러한 차이에서 오는 긴장관계를 풀기 위하여 법원은 환경보건 분야의 신체피해 인과관계를 설명함에 있어서 집단적 인과관계 확인 및 개별적 인과관계 추가 입증이라는 고유한 논리를 개발하여 활용하고 있다.

술이 계속 발달함에 따라 관련 지식과 정보에 대한 이해는 해당 분야 전문가들에게도 쉽지 않은 일이다. 그러나 분쟁 사안에 대한 해결책을 요청받는 법원은 과학적 불확실성에도 불구하고 명확한 판단을 내려야 한다. 다만 이러한 법원의 법원리를 활용한 정책적 결정이 사회적으로 바람직한 것인가에 관해서는 보다 진지한 검토가 요구된다 할 것이다<sup>543)</sup>.

### 3. 법원리의 실정법화

법원리는 대개의 경우 실정법화하는 모습을 보인다. Schauer에 의하면 보다 명확한 법규칙이 선호되는 이유는, 행위 결과에 대한 예측가능성(predictability)과 규범 집행의 효율성(efficiency) 때문이다<sup>544)</sup>. 이러한 위상의 차이를 가시적으로 관찰할 수 있는 것이 환경법 분야로서, 환경법의 지속가능발전 원칙, 사전배려 원칙, 오염원인자 원칙 등이 국제 환경 정책에서 국내법의 내용으로 편입되고 위상을 확보해가는 과정이다.

예컨대 환경 분야에서 어느 정도 공유된 지지를 획득하여 환경법의 원리로 정리하더라도 무방한, 지속가능발전 원칙, 사전배려(예방)의 원칙, 오염원인자책임의 원칙 등은 모두 국제환경 정책에서 출발하였으나, 내용에 대한 긍정적 검토와 확산을 통해서 환경법원리가 되었다고 볼 수 있다. 법정책이 ‘보편화 가능성’의 관점에서 진화하여 법원리의 위상을 얻게 된, ‘위상의 차이’라고 이해하고 있다.

다만, 이 연구에서 다룬 판결들은 주로 불법행위 보상, 그리고 그 중에서도 사회적 논의가 진행되고 있는 분야에 관한 내용들이다. 일례로 환경성 질환에 관한 판결들은 그에 관한 과학적·행정적 판단기준 역시

543) 조홍식, 리스크 법, 서울대학교 법학 제43권 제4호, p.44

“과학적 불확실성을 입증책임의 실패로 규정하고 그 논리적 결과로서 리스크를 침해와 구별되는 별개의 것으로 간주해버리는 것은, 해로운 효과가 긴 잠복기를 거쳐 나타나는 탈현대적 과학기술의 특징을 무시하는 것이고, 그 결과 리스크 피해자에게서 법적 보호를 받을 수 있는 자격을 박탈하는 것을 의미한다. 이에 사법체계 내에서 리스크에 대응할 수 있는 방법론을 개발할 필요성이 제기되는 것은 당연한 일이라 하겠다

544) Schauer, Thinking like a lawyer, p.193

아직 논란이 많다. 환경성 질환은 그 개념적 정의가 아직 정립되어 가고 있는 분야로서, 다양한 방법으로 정의되기 때문에 의학적 정의 이외에 정책적 판단에 따라서도 개념적 범주가 달라질 수 있다. 따라서 타 분야에 비해서 법원의 법원리를 활용한 정책적 결정이 용이하고 또한 기존 법체계 외적 논증에 대한 필요성이 높은 분야이기도 하다. 이러한 대상에 관한 판결을 두고 이루어진 법원의 법원리를 활용한 정책적 결정을 다루었기 때문에 법원이 마치 법원리를 활용한 정책적 결정을 주로 내리는 것으로 보일 수도 있으나, 이는 분야의 상대적 특수성에 기인한 면이 크다고 본다.



### 제3항 사법입법의 영향력

#### 1. 판례법의 재생산과 확산

법리의 전파와 확산은 유사한 문제 구조를 가진 다른 영역에서도 일어난다. 법원은 개별 특정 사안에서 보편적이고 일반적인 성격을 지닌 규범 기준을 추출해낸다. 선례의 검토를 통해 문제사안을 규율하는 법리를 확인하여 그를 구체적 사안에 접목한다.

이러한 유형의 논증은 유비추론 논증과 관련되어, 유비추론을 위해서는 공통된 일반원리를 추출하는 작업이 필요하다. 유사한 사안이라는 판단 전제 하에 법원 결정은 재생산 및 자기강화 메커니즘을 보이는 것이 관찰된다. 특히, 공해소송 판결과 비교할 때 최근 산업재해 판결 내용을 분석하면, 관련 법리가 더욱 강력한 형태로 정리되었음을 알 수 있다. 법원은 규범적 인과관계가 가지는 의미를 보다 확장하여 인과관계를 판단함에 있어서 단순히 증명 수준을 완화함에 그치는 것이 아니라, 산업재해보상보험 제도의 취지와 목적 역시도 산업재해 인과관계 판단의 요소로 삼아야 한다는 판시를 하고 있다. 단순히, "여러 사정을 고려하여 경험칙과 사회통념에 따라 합리적인 추론을 통하여 인과관계를 인정"할 수 있다는 것을 넘어서서, 법원은, "이해관계 조정 등의 필요성과 산업재해보상보험의 사회적 기능은 산업재해보상보험의 지급 여부에 결정적인 요건으로 작용하는 인과관계를 판단하는 과정에서 규범적으로 조화롭게 반영되어야" 한다고 판단한다.<sup>545)</sup>

545) 대법원 2017.8.29. 선고, 2015두3867 판결

: 첨단산업분야에서는 작업현장에서 생길 수 있는 이른바 '직업병'에 대한 경험적·이론적 연구결과가 없거나 상대적으로 부족한 경우가 많다. 첨단산업은 발전 속도가 매우 빨라 작업장에서 사용되는 화학물질이 빈번히 바뀌고 화학물질 그 자체나 작업방식이 영업비밀에 해당하는 경우도 많다. 이러한 경우 산업재해의 준부와 발생 원인을 사후적으로 찾아내기가 쉽지 않다.

사업장이 개별적인 화학물질의 사용에 관한 법령상 기준을 벗어나지 않더라도, 그것만으로 안전하다고 단정할 수도 없다. 작업현장에서 사용되는 각종 화학물질에서 유해한 부산물이 나오고 근로자가 이러한 화학물질 등에 복합적으로 노출되어 원

## 2. 유추를 통한 법정책적 결정의 확장

이러한 역동성은 근래 그간의 판례보다 전향적인 인과관계 판단을 보여주는 법원의 결정이 향후 선례적 지위를 인정받을 것인지를 관찰하며 확인 가능할 것이다. 유추(analogy)는 포섭(subsumption)과 달리 정책적 판단 요소를 내포하고 있다. 대상 간의 어떠한 점을 유사점으로 포착하고 그에 적용될 논리 구조를 적합한 내용과 수준으로 확장해야 하기 때문이다.

대법원은 2015두3867 판결에서, "연구결과가 충분하지 않아 발병원인으로 의심되는 요소들과 근로자의 질병 사이에 인과관계를 명확하게 규명하는 것이 현재의 의학과 자연과학 수준에서 곤란하더라도 그것만으로 인과관계를 쉽사리 부정할 수 없다"라는 입장을 보인다. 이는 비특이성 질환에 있어서 개별적 추가 입증을 요구한 2단계 증명 방식과는 다른 접근을 한 것으로 보인다.

흥미로운 사실은 화학제품에 노출된 피해자들이 제기한 베트남고엽제 손해배상청구 사건의 2심 서울고등법원에서는 재산피해와 같이 개연성설 논리를 활용하여 신체피해에 대한 손해배상청구권을 인정하였다는(서울고법 2002나32622 판결)<sup>546)</sup> 점이다. 서울고법은 "공해 기타 유해물질에의

---

인이 뚜렷하게 규명되지 않은 질병에 걸릴 위험이 있는데, 이러한 위험을 미리 방지할 정도로 법령상 규제 기준이 마련되지 못할 수 있기 때문이다. (...) 사회적 안전망의 사각지대에 대한 보호를 강화함과 동시에 규범적 차원에서 당사자들 사이의 이해관계를 조정하고 갈등을 해소할 필요가 있다. 산업재해보상보험제도는 무과실 책임을 전제로 한 것으로 기업 등 사업자의 과실 유무를 묻지 않고 산업재해에 대한 보상을 하되, 사회 전체가 비용을 분담하도록 한다. 산업사회가 원활하게 유지·발전하도록 하는 윤활유와 같은 이러한 기능은 첨단산업분야에서 더욱 중요한 의미를 갖는다. 첨단산업은 불확실한 위험을 감수해야 하는 상황에 부딪칠 수도 있는데, 그러한 위험을 대비하는 보험은 근로자의 희생을 보상하면서도 첨단산업의 발전을 장려하는 기능이 있기 때문이다. 위와 같은 이해관계 조정 등의 필요성과 산업재해보상보험의 사회적 기능은 산업재해보상보험의 지급 여부에 결정적인 요건으로 작용하는 인과관계를 판단하는 과정에서 규범적으로 조화롭게 반영되어야 한다.

546) 서울고법 2006.1.26. 선고, 2002나32622 판결

"임상의학이나 병리학적으로 TCDD가 인체의 건강에 영향을 미치는 작용 기전에 관

노출로 인한 손해배상청구소송, 즉 환경침해소송에서는 가해자로부터 특정 피해를 발생케 할 수 있는 유해물질이 생성·배출된 사실, 그 배출된 유해물질이 피해자에게 도달한 사실, 그 후 피해가 발생한 사실이 각 모순 없이 증명되면, 가해자의 유해물질 배출과 피해자의 손해 사이에 인과관계가 존재함이 일응 증명되었다고 할 것이므로, 가해자가 그 배출물에는 유해물질이 들어있지 않다거나 유해물질이 들어 있다 하더라도 그것이 안전농도 범위 내에 속한다는 사실을 증명하거나, 또는 그 피해가 전적으로 다른 원인에 의한 것임을 증명하여 인과관계를 부정하지 못하는 한 그 불이익은 가해자에게 돌려야 할 것이다”라고 판시하여 공해소송의 개연성 논리에 따른 입증책임 완화 법리를 활용하고 있다.

예컨대 ‘개연성’ 논리를 활용하여 인과관계 증명 수준을 일반적 민사사건에 비하여 완화하는 법원의 논리는, 비단 공해소송 분야 외에도 산업재해 분야에서도 관찰된다. 법원은 산업재해 분야에서의 인과관계는 ‘반드시 의학적, 자연과학적으로 명백히 입증하여야만 하는 것은 아니’라고 판시한다<sup>547)</sup>. 이는 선례의 발견과 그에 대한 구속이, 단순히 상급심 재판

---

하여 명확히 밝혀진 것이 거의 없고 그에 관한 인체 실험이 가능한 것도 아니므로, 역학적 방법에 의하여 그 일반적 인과관계를 입증할 수밖에 없다고 할 것이다. (...) 유해물질로 인한 질병 발생이 집단적 병리현상으로서 문제되고, 임상의학 또는 병리학적으로 당해 유해물질이 문제된 질병의 원인이 되는지 여부와 당해 유해물질로 인한 발병의 기전이 아직 명확히 밝혀지지 않았으며, 나아가 개개 피해자가 당해 유해물질에 노출되었는지 여부나 그 노출 정도를 입증할 과학적 방법조차 확립되지 않은 경우에는, 앞서 본 바와 같은 환경침해소송에서의 인과관계 입증에 관한 법리에 의하더라도 그 인과관계를 입증하기란 쉽지 않다고 할 것이다. 따라서 이러한 경우에는 인간을 집단적으로 관찰하여 당해 유해물질과 그 질병 발생 사이에 역학적으로 인과관계가 있음을 밝히고, 이러한 역학적 인과관계에 기초하여 개개 피해자에게 당해 유해물질이 도달한 후 당해 질병이 발생한 사실로부터 개개 피해자의 질병이 당해 유해물질의 노출로 인하여 발생하였을 상당한 개연성이 있다고 인정할 수 있고, 이로써 그 인과관계가 일응 증명되었다고 할 것이다”라고 판시하였다.

547) [대법원 2004.4.9. 선고, 2003두12530 판결]

: ‘업무상 재해’라 함은 근로자가 업무 수행 중 그 업무에 기인하여 발생한 재해를 말하는 것이므로, 업무와 재해발생 사이에 상당인과관계가 있어야 하고 이 경우 근로자의 업무와 질병 또는 위 질병에 따른 사망 간의 인과관계에 관하여는 이를 주장하는 측에서 입증하여야 하지만, 그 인과관계는 반드시 의학적, 자연과학적으로 명백히 입증하여야만 하는 것은 아니고, 근로자의 취업 당시 건강상태, 질병의 원인, 작업장에 발병원인물질이 있었는지 여부, 발병원인물질이 있는 작업장에서의 근무기간 등 제반 사정을 고려할 때 업무와 질병 또는 그에 따른 사망 사이에 상당인과관계가 있다고

의 기속력<sup>548)</sup>에 의한 상하 위계적 질서만을 아님을 보여 준다. 다만, 선례가 법적 결정의 전거로 활용되기 위해서는 현행 사건과 선례와의 실질적인 사안 구조적 유사성이 먼저 밝혀져야 하는데, 판결은 두 영역 모두 사안 구조가 비슷한 형태임을 밝힌다. 이처럼 공해소송에서 형성된 법리가 산업재해 소송 분야에서 비슷하게 자리 잡는 것은, 판례법의 형성과 공고화, 확산 과정으로 볼 수 있을 것이다.

근래 내려진 2017두47878 판결은 ‘규범적 관점에서 상당인과관계가 있다고 인정되는 경우에는 증거가 있다고 보아야’ 한다고 판시하고 있다. 공무와 질병 사이에 상당인과관계가 있다고 추단할 수 있다면 증거가 있다고 보아야 한다는 입장을 밝히고 있다<sup>549)</sup>. 상당한 개연성을 요구하던 입장에서 더 나아가, 간접사실 또는 정황사실에 기한 합리적 추론에 따라서 인과관계 성립을 인정하고 있다.

---

추단되는 경우에도 입증이 있다고 보아야 할 것이고, 업무와 재해 사이의 상당인과관계의 유무는 보통 평균인이 아니라 당해 근로자의 건강과 신체조건을 기준으로 판단하여야 할 것이다.

[대법원 2008.1.31 선고, 2006두8204 판결]

: ‘업무상 재해’라 함은 근로자가 업무 수행 중 그 업무에 기인하여 발생한 재해를 말하는 것이므로, 업무와 재해발생 사이에 상당인과관계가 있어야 하고, 근로자의 업무와 질병 또는 위 질병에 따른 사망 간의 인과관계에 관하여는 이를 주장하는 측에서 입증하여야 하지만, 그 인과관계는 반드시 의학적, 자연과학적으로 명백히 입증하여야만 하는 것은 아니고, 근로자의 취업 당시 건강상태, 질병의 원인, 작업장에 발병원인 물질이 있었는지 여부, 발병원인물질이 있는 작업장에서의 근무기간 등 제반 사정을 고려할 때 업무와 질병 또는 그에 따른 사망 사이에 상당인과관계가 있다고 추단되는 경우에도 입증이 있다고 보아야 할 것이다.

548) 법원조직법 제8조(상급심 재판의 기속력) 상급법원 재판에서의 판단은 해당 사건에 관하여 하급심(下級審)을 기속(羈束)한다.

549) [대법원 2017. 9. 21. 선고, 2017두47878 판결]

“공무원연금법 제35조 제1항에 정한 공무원상요양비의 지급요건이 되는 ‘공무상 질병’은 공무수행 중 그 공무로 인하여 발생한 질병을 뜻하는 것이므로, 공무와 질병 발생 사이에 인과관계가 있어야 하고, 그 인과관계는 이를 주장하는 측에서 증명하여야 한다. 다만 그 인과관계는 반드시 의학적, 자연과학적으로 명백히 증명되어야 하는 것은 아니고, 규범적 관점에서 상당인과관계가 인정되는 경우에는 그 증거가 있다고 보아야 한다. 공무원이 공무집행과 관련하여 유해물질에 장기간 노출됨으로 인하여 질병에 걸렸다고 주장하는 경우 법원은 공무원으로 채용될 당시의 건강상태, 질병의 원인, 그 근무장소에 발병원인 물질이 있었는지 여부, 발병원인 물질이 있는 근무장소에서의 근무시간, 그 질병이 직무수행 환경 등의 공무상 원인이 아닌 다른 사유로 유발되었다고 볼 만한 사정이 있는지 여부 등 제반 사정을 고려할 때 공무와 질병 사이에 상당인과관계가 있다고 추단할 수 있다면 그 증거가 있다고 보아야 한다.”

이러한 2015두3867 및 2017두47878 판결의 입장과 비특이성 질환의 2단계 증명이 조화를 이루는 방식을 찾아야 할 것이다. 법원이 앞으로 보건 의료 분야에 있어서 어떠한 방향으로 정책적 판단을 내릴 것인지에 관해서 여러 가능성을 점쳐 볼 수 있을 것이나, 그러한 결정은 법원이 법체계 외적 논증을 통해서 내리는 결정이기 때문에, 정책적 필요성과 사회의 가치를 반영할 필요가 있다.

이러한 논증 과정에서 2015두3867 판결이 선례로 자리매김할 것인지, 그간 선례로 정립되고 반복·모사된 비특이성 질환의 2단계 입증 논리 판결이 유효할 것인지는 관찰의 대상이 될 것이다. 아이젠버그에 따르면 ①사회적 합의와 ②체계적 일관성 기준을 충족시키는 판결이 선례로서 계속 정립될 것이다<sup>550)</sup>. 법원리를 활용한 정책적 결정은 제정법보다 유연하게 변경 가능하다. 법원은 판례 변경의 정당화 논거로서<sup>551)</sup> 차별화 논리를 들어서 유사한 사안이 아님을 이유로 동일 법리를 적용하지 않는다.

그런데 2015두3867 판결문에서 두드러지는 또 다른 차이점은 기존의 판례에서 등장하는 ‘상당한 개연성’이라는 표현이 등장하지 않는다는 점이다. ‘여러 사정을 고려하여 경험칙과 사회통념에 따라 합리적인 추론을 통하여 인과관계를 인정’한다는 판시에서 상당한 개연성을 입증할 것을

---

550) 만약 선례가 사회적 합의 및 체계적 일관성 기준을 충족시키지 못하는 경우, 법원은 distinction, disintegration, decay 와 같은 이유로 선례를 적용하지 않는다고 주장한다.

551) 대법원 2009.7.23. 선고, 2009재다516 판결

: 구체적인 대법원의 재판에서 어떠한 표현으로 법의 해석에 관한 일정한 견해가 실시되어 있다고 하더라도, 그것이 진정으로 의미하는 바가 무엇인가, 즉 어떠한 내용으로 또는 어떠한 범위에서 장래 국민의 법생활 또는 법관을 비롯한 법률가의 법운용을 ‘구속’하는 효력, 즉 판례로서의 효력을 가져서 그 변경에 대법원 전원합의체의 판단이 요구되는가를 살피려면, 사람의 의사표현행위 일반에서와 마찬가지로, 그 설시의 문구에만 구애될 것이 아니라 당해 판결의 전체적인 법판단에 있어서 그 설시가 어떠한 위상을 가지는가에 유의하면서 또 다른 재판례들과의 관련을 고려하면서 면밀하게 따져보아야 한다. 특히, 판결은 1차적으로 개별적인 사건에 법적인 해결을 부여하는 것을 지향하는 것이고, 대법원 판결에서의 추상적·일반적 법명제의 설시도 기본적으로 당해 사건의 해결을 염두에 두고 행하여지므로, 그 설시의 위와 같은 ‘의미’는 당해 사건의 사안과의 관련에서 이해되어야 한다.

요구하지 않는다. 인과관계 존부를 정확하게 밝힐 수 없는 경우에도 ‘작업환경에 여러 유해물질이나 유해요소가 존재하는 경우 개별 유해요인들이 특정 질환의 발병이나 악화에 복합적·누적적으로 작용할 가능성을 간과해서는 안 된다’는 입장을 밝힘으로써 입증 요건을 기존보다 더 완화하는 태도를 보이고 있다. 이러한 법원의 결정은 해당 판결 이전에 산업안전보건연구원의 역학조사 및 한국산업안전공단 역학조사평가위원회가 인과관계 인정에 있어서 신중한 접근을 취한 것과는 대조적이다<sup>552)</sup>. 법원은 노출물질의 종류와 양에 대한 확인을 요구하지 않아, 개별적 인과관계를 충분히 입증하지 않고도 규범적 인과관계 성립을 인정하고 있다.

게다가 대법원은 판시 사항에서, ‘사업주의 협조 거부 또는 관련 행정청의 조사 거부나 지연 등으로 그 질환에 영향을 미칠 수 있는 직업 환경상 유해요소들의 종류와 노출 정도를 구체적으로 특정할 수 없었다는 등의 특별한 사정’이 있는 경우에는, 근로자에게 유리한 간접사실로 고려될 수 있다는 결정을 내리고 있다.

2015두3867 판결에서 주목해야 하는 점은, 판시 내용에 따른 결정 그 자체에도 있지만, 법원이 해당 결정을 도출함에 있어서 사용하는 논리이다. 법원은 해당 판결에서 인과관계 성립 여부를 판단함에 있어서, 산업재해보상 제도의 목적과 취지를 밝힘으로써 그에 부합하는 결정을 내리려고 하는 정책적 접근방식을 취한다.<sup>553)</sup> 산업재해보상보험제도의 ‘목적

552) 산업안전보건연구원이 2010년에 수행한 역학조사 결과보고서는, 원고의 작업조건과 업무내용은 충분히 신체적, 정신적으로 스트레스를 받을 만한 조건으로 판단되나, 현재 스트레스와 다발성 경화증에 대한 업무관련성을 판단할 만한 충분한 의학적 검토가 이루어지지 않은 상황에서 업무관련성이 높다고 단언하기에는 무리가 있다는 결론을 내렸다.

또한 한국산업안전공단 역학조사평가위원회는 산업안전보건연구원이 수행한 역학조사 결과를 평가함에 있어서, 11명 중 4명은 업무와 발병 간의 직접적 연관성이 높다고 보기는 어렵다는 결론을 내렸으며, 2명은 작업의 스트레스가 높기 때문에 사업장 환경을 개선할 필요가 있다는 결론을 내렸고, 5명은 업무가 다발성 경화증 자체를 발생시켰다고 볼 수는 없으나 기왕증이 발현하게 촉발하거나 악화시키는 역할을 할 수는 있다는 결론을 내렸다.

553) 산업재해보상보험제도는 작업장에서 발생할 수 있는 산업안전보건상의 위험을 사업주나 근로자 어느 일방에 전가하는 것이 아니라 공적(公的) 보험을 통해서 산업과 사회 전체가 이를 분담하고자 하는 목적을 가진다. 이 제도는 간접적으로

과 기능'에 착안하여 구체적 사건의 인과관계 존부를 판단하고 있는 것이다. 법원은 산업재해보상 제도의 사회적 기능이 '산업사회가 원활하게 유지·발전하도록 하는 윤희유와 같은 기능'이라고 정리하며, 인과관계 판단 과정에서 제도의 사회적 기능 역시 반영되어야 한다고 판시하고 있다. 그와 같은 정책적 맥락에서 법원은 산업재해보상은 '사회보장제도'로서 "사회적 안전망의 사각지대에 대한 보호를 강화함과 동시에 규범적 차원에서 당사자들 사이의 이해관계를 조정하고 갈등을 해소할 필요"가 있다는 이유로 작업환경 노출과 발병 사이의 인과관계를 인정한다.

이와 같이 법원이 정책적 접근을 통해 문제를 해결하려고 하는 경우, 법원리에 근거하여 특정 법리가 생성되면 이는 당초의 문제사안과 비슷한 속성을 가지는 영역으로 확장된다. 이 경우 법리 재생산과 확증에는 사실관계의 유사성도 중요한 이유가 되나, 해당 법리를 생성하게 되었던 정책적 요청의 유사성이 유의미한 역할을 한다. 환경 분야의 손해배상 청구 사건에서 인과관계를 완화하는 까닭이 되었던 법원리는, 사회적 형평성과 사법제도 접근성 부여라는 정책적 고려이다. 이는 산업재해보상 사건에 있어서도 사회적 안전망의 확충과 사각지대에 대한 보호의 강화라는 유사한 맥락에서 법리가 정립하는 이유가 되었다.

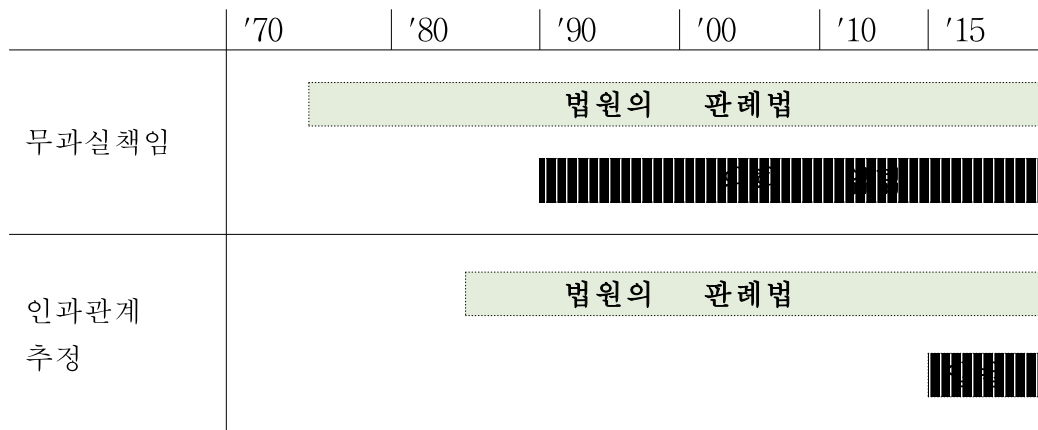
---

근로자의 열악한 작업환경이 개선되도록 하는 유인으로 작용하고, 궁극적으로 경제·산업 발전 과정에서 소외될 수 있는 근로자의 안전과 건강을 위한 최소한의 사회적 안전망을 제공함으로써 사회 전체의 갈등과 비용을 줄여 안정적으로 산업의 발전과 경제성장에 기여하고 있다. (...) 이러한 점을 감안하여 사회보장제도로 사회적 안전망의 사각지대에 대한 보호를 강화함과 동시에 규범적 차원에서 당사자들 사이의 이해관계를 조정하고 갈등을 해소할 필요가 있다.

### 3. 선행하는 사법부, 후행하는 입법부

이러한 법원의 판결에 따라 관련 환경법이 제정되는 등 오히려 사법부의 결정이 의회 입법에 영향력을 미치는 현상이 관찰되기도 한다. 환경 손해 입증책임 부담 문제의 경우, 법원은 이미 70년대부터 증명책임 완화 법리 등을 분쟁 사안에 적용하고 있었으나, 증명책임 완화 법리를 입법화한 「환경정책기본법」은 1990년 제정되어 1991년부터 시행되었다. 또한 1984년의 대법원 판결 이후 법원이 '사회형평'을 이유로 환경오염 분야에서의 인과관계 증명책임 배분 법리를 일반 불법행위 손해배상 사건과 달리 구성해오고 그 법리를 일관되게 적용해오고 있었으나, 인과관계 증명부담 경감에 관한 명문의 입법이 필요하다는 인식 하에 해당 내용을 법률에서 명문화한 「환경오염피해 배상책임 및 구제에 관한 법률」이 국회에서 제정되었다<sup>554)</sup>.

〈 그림 6-1 : 법정책결정의 형성과 확산 시간 〉



554) 「환경오염피해 배상책임 및 구제에 관한 법률」 제9조(인과관계의 추정) ① 시설이 환경오염피해 발생의 원인을 제공한 것으로 볼 만한 상당한 개연성이 있는 때에는 그 시설로 인하여 환경오염피해가 발생한 것으로 추정한다.

② 제1항에 따른 상당한 개연성이 있는지의 여부는 시설의 가동과정, 사용된 설비, 투입되거나 배출된 물질의 종류와 농도, 기상조건, 피해발생의 시간과 장소, 피해의 양상과 그 밖에 피해발생에 영향을 준 사정 등을 고려하여 판단한다.

③ (下略)



국회가 제출한 「환경오염피해 배상책임 및 구제에 관한 법률」의 법률 제정이유서 및 검토보고서에는, 법원 판결에서 오랜 기간 확립된 법리이기 때문에 명문으로 입법함이 합당하다는 논지를 보인다. 법률 제정이유서에는 원인을 규명하는 입증부담으로 인하여 장기간 소송을 하는 등 많은 비용과 노력을 투입하는 문제를 해결하기 위하여 “무과실책임과 인과관계추정 법리를 실체규정으로 체계화” 한다고 하면서 판례 법리를 반영하여 명문화하고 있다.

「가습기살균제 피해구제를 위한 특별법」의 경우에도 제5조에서 ‘생명 또는 건강상의 피해가 독성 화학물질을 함유한 가습기살균제<sup>555)</sup>에 의한 것으로 볼 만한 상당한 개연성이 있는 때에는 해당 가습기살균제로 인하여 생명 또는 건강상의 피해가 발생한 것으로 추정하고 있다. 이러한 가습기살균제 피해구제 특별법(2017년 2월 제정)의 법문은 환경오염피해구제법(2014년 12월 제정)에서 많은 영향을 받은 것으로서, 법원의 결정이 환경오염피해구제법에서 입법 규범이 되자 이에 영향을 받은 후속 법규가 확대 생산되는 양상을 보이는 예라고 할 수 있다.

이처럼, 법원의 법원리를 활용한 정책적 결정을 의회에서 입법에 반영하는 경우 법원의 작업을 단순히 법의 흠결을 보완하고 공백을 메우는 작업이라고 평가하기는 어렵다. 법원 문을 두드린 분쟁 당사자들에게 문제사안에 적합한 ‘법적 결정’을 회답해야 하는 법관은 현행법을 토대로 유추, 목적론적 축소, 법원리의 구체화 등 법 형성 방법을 통해 사안에

---

555) ‘가습기살균제’ 사건은 화학제품으로 인한 피해이면서도 환경성 질환으로 인정 받은 사례이다. 독성 화학제품으로 인한 가습기살균제 피해를 환경부에서 대처하기 위하여 환경보건법의 ‘환경성질환’에 가습기살균제 피해가 추가되었고 이후 특별법이 제정되었다. 환경성질환의 개념과 정합성이 부족하다는 비판적 재론도 제기된다. 2013년 중반 이전까지 가습기살균제 문제는 보건복지부 및 산하의 질병관리본부에서 담당하던 문제였다. 하지만 국무회의에서 소관부처 조정 등을 거쳐 가습기살균제 문제가 환경부 소관의 문제로 재정의되었고, 2013년 하반기 환경부는 가습기살균제 문제에 대응할 법적 근거를 마련하기 위하여 시급하게 「환경보건법」 시행규칙을 개정하여 ‘환경성질환’의 목록에 가습기살균제로 발생한 피해를 추가하였다. 가습기살균제 대응 부처가 환경부로 지정됨에 따라 환경 분야에서 그간 다루어졌던 법적·정책적 논리가 가습기살균제 사건에도 적용되었으며 이는 입증책임 완화라는 쟁점에 있어서도 마찬가지였다.

적합한 적용 법규를 정립하여 문제사안에 대한 판단을 내린다. 이러한 수고로운 노작(勞作) 과정에서 적합한 법원리를 활용한 정책적 결정이 이루어지고 가치를 인정받아 선례로서 정립하는 자리매김을 하게 되면 논리적 설득력과 정책적 타당성을 이유로 입법에까지 영향을 미칠 수 있게 된다.

법원이 사회 체제에서 차지하는 있는 위상과 구조적 기능을 분석할 때, 법원이 통상 이해되는 것처럼 '법을 말하는 입'인 해석기관으로만 작용하는 것은 아니다. 물론, 하트가 설명하는 것처럼 법관에게 부여된 법 창조(law-creating)의 권한은 틈을 메우는(interstitial) 제한적인 것이지만<sup>556)</sup>, 법원 역시 의회와 함께 법의 실질적인 형성 기능을 - 현법의 수권<sup>557)</sup> 구조 하에서 입법권이 부여된 의회와는 그 위상이 다르지만 - 수행하고 있음을 부정할 수 없다. 사회적 의사결정 방식의 과정이자 결과물로서 실질적 입법이 이루어진다는 점에서 사법 활동과 입법 활동은 공통된 속성을 공유한다. 판례법의 형성과 재생산, 전파·확산을 통해서 법리가 발전한다. 그렇기에 사법부가 입법부에 선행하는 법형성을 할 수 있는 것이다.

법원리가 정말로 법체계의 '내부'에서 존재하고 작동한다면, ㉠법원이 법형성 결정을 내릴 때 지목하는 법원리의 내용이 판결에서 등장하는 이상으로 보다 더욱 구체적 내연(內衍)을 보여주어야 할 것이며, 더욱이 ㉢법원리에 근거하여 산출된 판결의 내용에 따라 의회에서 법을 제·개정하는 현상이 일어나는 것을 설명하기 어렵다. 법원이 적합한 결정을 내리기 위하여 동원하는 법체계 내부의 자원이 소진되었을 때 외부의 자원,

---

556) Hart, the Concept of Law, p.273

"중요한 점은, 법이 규율하지 못하고 부분적으로 남겨 놓은 사안들을 규율하도록 법관에게 부여된 법창조(law-creating)의 권한은 입법부의 것과는 다르다는 점이다. 즉, 법관의 권한은 입법부라면 구애받지 않았을 많은 제약들에 의해 선택이 축소되며, 아울러 그러한 권한은 개별적인 당면 사안들을 처리하기 위해서만 행사되기 때문에 법관은 대규모의 개혁이나 새로운 규정을 도입하기 위해서 이를 행사할 수 없다. 그래서 법관의 권한은 틈을 메우는(interstitial) 것이며 여러 실질적인 제약에 구속된다."

557) 근대 주권국가적 관점에서 법의 효력은 법 공동체 구성원들의 동의(consensus populi)에서 기인하며 그를 통해 민주적 정당성이 부여된다는 것이다.

법외적(法外的) 내용을 논증에 활용하기 위하여 법원리를 거명하는 것이 아닌가를 이 지점에서 검토할 수 있다.

만약 법원리가 법원리가 법체계에 이미 내재(內在)한다면, 간혹 일어나는 의회의 ‘후행적 입법’에서 새로운 가치와 목표를 천명하는 것이 비논리적이기 때문이다. 이미 있는 가치를 왜 다시 천명하고 이미 존재하는 법을 왜 법체계의 구성요소로서 끌어들이려 하겠는가? 판례가 입법보다 선행하는 현상, 즉 판례 법리가 입법으로 이어진 경우에서 이러한 법원리를 활용한 정책적 결정의 파급력을 살펴볼 수 있다. 카도조(Cardozo)는 법관이 법의 흠결을 채우며(filling of gaps)<sup>558)</sup> 입법자의 역할을 수행한다고 보았는데, 현실의 법원리를 활용한 정책적 결정을 검토하면 법원은 틈새 입법 이상의 향도적 기능을 한다고 볼 수 있다.

다만, 이 연구에서 다룬 판결들은 주로 불법행위 보상, 그리고 그 중에서도 사회적 논의가 진행되고 있는 분야에 관한 내용들이다. 일례로 환경성 질환에 관한 판결들은 그에 관한 과학적·행정적 판단기준 역시 아직 논란이 많다. 환경성 질환은 그 개념적 정의가 아직 정립되어 가고 있는 분야로서, 다양한 방법으로 정의되기 때문에 의학적 정의 이외에 정책적 판단에 따라서도 개념적 범주가 달라질 수 있다. 따라서 타 분야에 비해서 법원의 법원리를 활용한 정책적 결정이 용이하고 또한 기존 법체계 외적 논증에 대한 필요성이 높은 분야이기도 하다. 이러한 대상에 관한 판결을 두고 이루어진 법원의 법원리를 활용한 정책적 결정을 다루었기 때문에 법원이 마치 법원리를 활용한 정책적 결정을 주로 내리는 것으로 보일 수도 있으나, 이는 분야의 상대적 특수성에 기인한 면이 크다고 본다.

---

558) Cardozo, Philosophy of Law, Part II, p.156, (1939)

## 제 2 절 법원리와 법체계의 환경적응

### 제1항 법체계의 환경적응

#### 1. 논증방식이 법체계에 미치는 영향

법적 논증은 법체계 내부의 실정법 자원을 활용하는 법해석 논증과 비단 그에 그치지 않고 외부의 예비규범 자원을 논증 과정에 함께 활용하는 법형성 논증으로 구분된다. ‘법체계-환경’에 대한 논의를 통해서 법해석 판결과 법형성 판결의 의의에 대한 접근이 수월해진다. 정책적 논거를 포함하는 법원의 법형성 판결이 법학적 관점에서 지니는 의의를 살펴보기 위해서, 법체계의 구성과 내용 변화에 관한 검토를 수반할 필요가 있다. 특히, 법원리가 사법입법(judicial law making)에 있어서 수행하는 ‘기능’의 의미를 충실히 서술하기 위하여 법체계에 관한 탐색이 필요하다.

법의 변화는 법원의 논리구성 방식과 직접적 연관을 맺고 있다. 법원의 논증 과정에 법원리가 등장하는 경우는 법체계 내부의 자원으로만 적합한 답을 얻기 곤란한 경우이다. 법원의 법형성 판결을 통해서 규범 창설적 결정이 산출되면 법체계 전반에 영향을 미치는 변화가 발생한다<sup>559)</sup>.

환경과 일정한 관계를 맺고 있는 법체계를 살피는 경우, 법해석 내지 법형성 판결과 법체계 단계양상(phase)이 가지는 연관성을 검토할 수 있다. 법체계의 양상을 관찰함으로써 법형성 판결에서 비롯하는 법규범의 변화 모습을 보다 잘 관찰할 수 있다. 법체계 내부에서 결정의 논거를

---

559) 사법부는 통상의 사안에서는 연역적 법해석(狹義)을 통해서 기존의 법리를 확대·재생산함으로써 법의 체계적 일관성과 전체적 통일성을 유지한다. 그러나 문제사안에 적합한 결정을 도출하기 위하여 일련의 논증과정에서 논리연역적 논증만으로 결론이 내려지지 않는 경우, 법원은 논증의 재료, 즉 논거를 법체계 내부의 법명제가 아니라 법체계 외부의 사회적 자원에서 찾는다.

찾는 법해석 논증은 법체계를 ‘유지’하는 안정화된 단계의 논증이며, 법체계 내부 범명제의 효력을 제어하거나 외부의 예비규범 자원을 활용하는 범형성 논증은 법체계의 실질적 구성에 변화를 가져오는 변화단계의 논증이다. 또한 이는 법원의 결정을 낱알의 분리된 판결로만 이해하는 것이 아니라, 법원의 활동이 법체계 전반적 양상에 미치는 영향에 관하여 관찰 가능하게 한다.

## 2. 현상유지적 논증과 변화유도적 논증

논증은 성문의 법률 문언에 충실하여 논리 연역적인 과정을 거치는 과정, 즉 법체계 내부의 자료를 활용하는 논증과, 그에 대비하여 성문법의 법률 문언을 뛰어넘거나 그를 일탈하여 법체계 외부의 자원을 활용하여 판단을 도출하는 논증으로 구별된다. 법체계 외부 자료를 활용하는 논증은 법체계 내부의 자료만을 활용한 논증으로는 충실한 법적 판단을 내리기 어려운 경우, 혹은 내부 논리에 따른 법적 판단을 내린다면 부정의나 오류가 발생한다고 인식하는 경우이다.

법체계의 ‘경계’를 기점으로 법체계의 내부 영역과 외부 영역을 구분할 수 있다는 점에 착안할 때, 법적 논증은 법원이 논거를 현존 법체계 내부에서 찾는지 아니면 법체계 외부에서 찾는지에 따라서도 구분이 가능하다. 현행법 체계의 내부에서 논리적 근거를 찾는 논리연역적인 ‘내적 논증’과 현행법 외부의 자원을 동원하는 ‘외적 논증’이라고 분류할 때<sup>560)</sup>, 법원이 어떠한 논증을 수행하느냐에 따라서 법체계의 양상이 달라진다.

내적 논증은 법체계 내부에서 법적 문제에 대한 답을 찾기 때문에 법체계의 내용 구성이 보다 정밀해지기는 하지만 법체계의 변동을 가져오지 않는 ‘현상유지적’ 논증임에 반하여, 외적 논증은 법체계 내부에서 법적 결론을 찾을 수 없기 때문에 외부의 논거 - 사회적·정책적 논거 -

560) 내적 논증은 Larenz·Canaris가 말하는 법해석과 법률내재적 범형성으로 정리 가능하며, 외적 논증은 초법률적 범형성 및 법에 반하는 범형성에 해당한다.

를 활용하게 되고 그러한 외부 논거가 법체계의 내용 구성으로 포섭되기 때문에 법체계 변동을 가져오는 ‘변화유도적’ 논증이다<sup>561)</sup>. 비슷한 결정을 반복·재생산하면서 법리를 강화하는 현상유지 논증은 법원의 부담을 절감한다. 카도조(Cardozo)가 강조하였듯이 현상유지 논증은 법관에게 이전의 결정을 통해 조성된 판단의 토대(the secure foundation of the courses laid by others who had gone before him)를 제공함으로써 법의 안정성을 가져오고 법관의 업무부하(負荷)를 줄이는 기능을 한다.<sup>562)</sup>

법체계는 내적 논증을 통해서 내용이 강화되어 정밀해지거나 외적 논증을 통해서 새로운 내용을 포섭해서 변화한다. 즉, 논증은 법원의 법체계의 내용을 동일하게 유지시키거나 변화를 가져오는 기능을 하고 있다. 법의 지속과 변화에 대하여 분석한 공두현은 (광의의) 법해석을 ‘법형성적 해석’과 ‘법유지적 해석’으로 구분하고 있다<sup>563)</sup>.

대부분의 사안들에서 법원은 법체계의 일관성과 통일성을 유지하는 논증 작업을 수행한다. 하버마스(Habermas)는 항상적인 변화에도 불구하고 사회 시스템은 어떻게 정체성을 유지하는가 하는 질문을 던졌다<sup>564)</sup>. 시스템의 관점에서 그에 답하자면 법체계는 사법부의 현상유지적 법해석에 의하여 체제의 정체성이 유지된다. 법체계는 외부 환경의 변화에 영향을 받는 흐름 속에 놓여 있으나 특정한 변화의 계기가 아닌 경우에는 안정적 단계(evolutionary stasis)에서 내용적 일관성을 유지한다.

법체계 외부에 존재하는 특정한 내용의 규범을 법체계 내부의 영역으로 포섭하여 수용할 것인지 그렇지 않을 것인지 여부를 사법부에서 판단

561) 이러한 구분에서 법원의 법형성을 보면, 어려운 사건(hard case)에서의 결론 도출은 법원이 기존의 법체계 외부에서 논거를 찾아 해결안을 만들어낸 것이기 때문에 법체계 외적 논증에 해당한다. 평이한 사건(easy case)에서의 논증은 논리적 연역에 따라서 해결안을 도출하는 것이기에 법체계 내부적 논증에 해당한다.

562) Cardozo, The Nature of the Judicial Process, p.149

563) 공두현, 사법판단 과정에 관한 연구, p.123

“법해석을 이러한 기준에 따라 다시 분류한다면 법을 새롭게 형성하거나 변동시키는 해석인 ‘법을 형성하는 해석’ 또는 ‘법형성적 해석’과 기존 법률 내지 법리를 유지하는 해석인 ‘법을 유지하는 해석’ 또는 ‘법유지적 해석’으로 나누어 볼 수 있다.”

564) Habermas, 1997, "How can social systems maintain their 'identity' in the face of constant change?"

함과 동시에, 기존의 선례를 깨는 행위나 특정 법 규범의 의미를 풀이함에 있어서 새로운 해석을 추가하는 행위는 기존 해석의 파기를 수반하기도 한다. 생명체의 면역 시스템이 쓸모없는 세포를 제거하듯이 법 시스템에서 법원리는 부적합한 법해석을 파기한다. 더 이상의 사회적 지지와 실효성을 얻을 수 없다고 판단되는 법해석을 - 또한 결국에는 그러한 법 해석을 통해서 존재하고 있는 특정한 내용의 법 규범을 - 법원이 파기함에 따라서 해당 내용의 법해석은 - 해당 법해석에 의존한 법규범도 함께 - 사멸된다.

이러한 패턴은 카도조(Cardozo)가 말한 ‘법의 성장’과도 연결된다고 볼 수 있다. 카도조는 변화(change)와 안정(stability)이라는 대립적 속성의 조화를 통해 궁극적으로 법의 ‘성장’을 말한다. “법은 안정적이어야 하지만 정체되어 있어서는 안 된다(Law must be stable, and yet it cannot stand still)<sup>565)</sup>”라는 언표를 통해, 카도조는 법적 안정성과 확실성(stability and certainty)에 대한 추구가 법의 동적 속성(mobility)을 희생시켜 법을 정체되거나 경직된 대상으로 만들어버려서는 안 된다고 강조하였다. 카도조는 법이 내일을 준비하는 성장의 원리(a principle of growth)를 보유해야 한다고 강조하는데, 이는 법이 변화에 열려 있는 개방적 적응형 체계를 가지고 있어야 한다는 의미로 새길 수 있을 것이다. 카도조가 말하는 법의 성장은 법이 시간에 따라 적합한 변화를 취하는 것이며, 그러한 법의 변화에는 입법부의 활동과 함께 법원의 법형성 결정이 기여한다.

### 3. 법원리 논증과 법체계의 변화

개별 사안에 관한 법원의 결정과 법체계의 관계를 조망할 필요가 있다. 각각의 개별 사안을 담당하는 법원이 내리는 결정은 전체적인 사법 시스템을 구성하는 낱알의 세포, 단위요소로서의 기능을 한다. 법원의 결

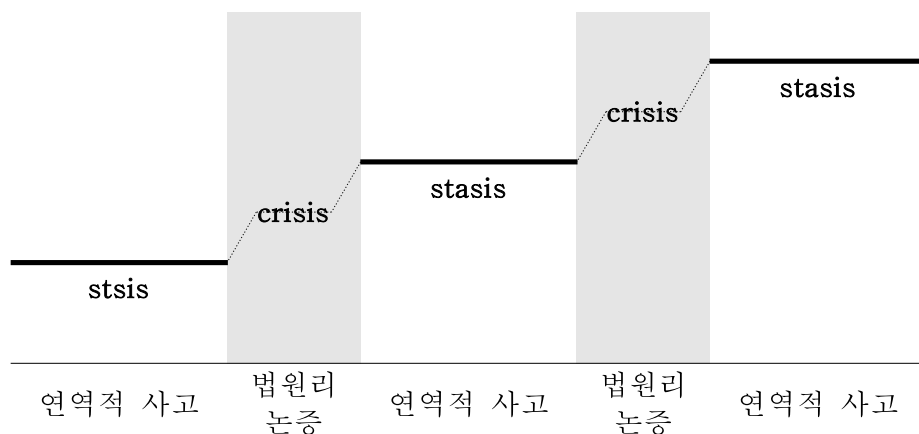
---

565) Cardozo, The Growth of the Law, Yale Univ. Press, p. 143

정은 전체 법체계를 구성하는 법규범 내용을 확인(강화 혹은 변화)하는 작업의 한 부분(sub-set)으로서 이루어진다. 이러한 개별의 사법적 결정 과정이 사법 시스템 전체를 총괄하는 논리를 재생산해냄에 따라서 사법의 안정성과 일관성이 유지된다. 또한 법체계의 일관성과 통일성을 위하여 법 논리가 내부적으로 세밀하게 정교해지고 구체화되는 과정을 거친다.<sup>566)</sup>

법원은 ‘논증’이라는 작업을 통하여 법의 정체성을 안정적으로 유지하고, 필요한 경우 법을 새로이 형성함과 동시에 더 이상 사회적 타당성을 지니지 못하는 법률 내지 법적 해석을 폐기하는 업무를 수행한다. 즉, 법체계의 내용적 적합성과 논리적 통일성을 위하여 법원은 생성과 파괴, 유지의 업무를 수행한다.

〈 그림 6-2 : 법원리 논증에 따른 법체계 변화 〉



법적 결정에 따른 법체계의 단계적 양상은 어느 정도 확립된 법리가 반복, 확대되는 안정화 단계(stasis)와 변화의 필요성으로 인하여 기존

566) 법체계의 이러한 모습을 두고 Teubner는 법이 ‘고유한 생명력’을 가진다고 평가하기도 한다.

“많은 이들이 지적하는 것처럼, 법이 스스로를 구성(self-constituting)한다는 사실로부터 파생되는 것은, 법 규칙이 ‘고유한 생명력(life of their own)’을 가진다는 것이다. 법 규칙은 단순한 사회적 목적을 달성하기 위한 수단으로서 존재하는 것이 아니라 그 스스로가 목적으로 존재하기도 한다.(Gunther Teubner, Law as an Autopoietic System, p.40)



법규범의 효력이 제한·파기되고 새로운 결정이 형성되는 변화의 단계(crisis)로 이루어져 있다. 이처럼 정립된 법리가 반복, 재생산되는 안정화 단계(stasis)와 변화의 필요성으로 인하여 기존 법규범의 효력이 제한·파기되고 새로운 결정이 형성되는 변화의 단계(crisis)로 법의 발전을 이해할 때, 법원의 논리구성 방식이 가지는 중요성은 더욱 커진다.

즉, 법체계 내적 논증은 법원이 해결해야 하는 문제의 답을 기존 법체계 내부에서 찾을 수 있기 때문에 안정화(stasis)된 단계에서의 논증이며, 법체계 외적 논증은 기존 법체계 외부에서 답을 충분히 구할 수 없는 경우 법 외부의 자원(extra legal sources)을 활용하는 불안정한 변화(crisis) 단계에서의 논증이다.

법체계 외적 논증 과정에서 기존 법체계 외부의 사항이 법체계 내부로 포섭·편입된다. 기존에는 가시적이지 않았던 법리가 구체적으로 현출되는 과정에서 분쟁 사안을 규율하기 위하여 실질적 입법(judicial legislation)이 일어난다.

[표 6-1 : 법원의 논증방식과 법체계의 양상]

법해석(狹義) 판결	판결 구분	법형성 판결
법	판단 논거	법 + 정책
유지, 반복·재생산	구조적 기능	생성, 파기
stasis	양상(phase)	crisis
논리의 반복·재생산 법체계 현상유지	법체계 영향	외부자원 유입 법체계 변화

법체계의 일관성과 통일성의 유지는 법체계 내부 자료에 근거한 논증

을 통해, 내용적 적합성은 - 구체적 사안의 정의를 실현시키기 위하여 - 법체계 외부의 논거를 활용한 논증을 통해 이루어진다. 법의 변화를 가져오는 새로운 법리가 형성될 때, 법체계의 내용구성은 안정과 변화의 단계를 거쳐서 발전한다.

법원이 3단 논법에 따른 연역적 사고를 하는 경우에 법은 현상유지 단계이며, 법원이 법원리의 이름으로 법체계 외부자원을 활용하는 사고를 하는 경우 법은 변화한다. 법원이 연역적 사고를 하는 경우에는 법이 안정화 단계이며, 법원이 ‘법정책적’ 사고를 하는 경우에는 법의 변화 단계라고 정리할 수 있기 때문이다. 법원이 법 원리를 풀어내어 논증을 하는 경우를 관찰하면, ‘구체적 타당성을 찾는’ 과정에서 ‘법적 안정성을 저해’하며 실질적 변화를 가져온다. 법원은 법의 근본원리를 들어서 실정법의 효력을 제한하거나 무력화시키기도 한다. 이는 법원이 법적 안정성을 침해하더라도 기존과는 다른 결정을 내릴 필요성이 있다고 판단한 경우이다. 그 결과, 법의 실질은 해당 법형성 판결 이전과 이후가 다르다<sup>567)</sup>.

---

567) 법원의 결정이 근거하는 판단준거 혹은 제약 요인은, 성문법, 판례법, 관습법이다. 각각의 준거들이 영향을 발휘하는 방식은, 법원의 법률구축, 선례 구속주의, 법원의 관행 확인과 그를 법으로서 확인하는 절차에 따른다.

### 3. 법체계와 주변 환경

#### 가. 체계와 환경 모델

법체계에 관심을 가지고 이를 분석하는 경우, 중요한 점은 우리사회의 법이 위치한 ‘환경’에 주의를 환기시킬 필요성이다. 법체계는 사회·정치 체계 내에 위치하여 그 주변을 둘러싼 환경 여건에 영향을 받는다. 법체계의 내용과 그러한 법체계가 존재하고 있는 사회 환경과의 관계에 대하여 주목할 필요가 있다. 체계이론은 ‘체계-환경’의 구조를 활용하여 사회를 관찰한다.<sup>568)</sup>

즉, 법체계에는 ‘경계’라는 개념이 수반되기 때문에 내·외부가 구분되지만 외부 환경과 절연되어 있는 것은 아니며 꾸준히 영향을 주고받는 교류 작용을 한다. 법체계에 영향을 미치는 환경(umwelt)이라는 개념 자체가 법체계의 고유성 및 내·외부를 구분하는 경계를 전제하는 것이나, 법체계가 폐쇄적으로 외부와 절연되어 존재하거나 그 자체만의 진화를 한다고 평가하는 것은 사회정치 체제 내에서 존재하는 법체계에 관한 왜곡된 생각에 가깝다<sup>569)</sup>. 법체계는 사회 안에, 정치체계 내에 존재한다.

법체계는 사회·정치 체계 안에 위치하며, 사회질서는 법질서에 영향을 미친다. 법체계는 외부의 환경(outer space)과 교류하며 끊임없이 영향을 주고받고 있다. 이를 도식화하면 다음과 같이 표현할 수 있을 것이다.

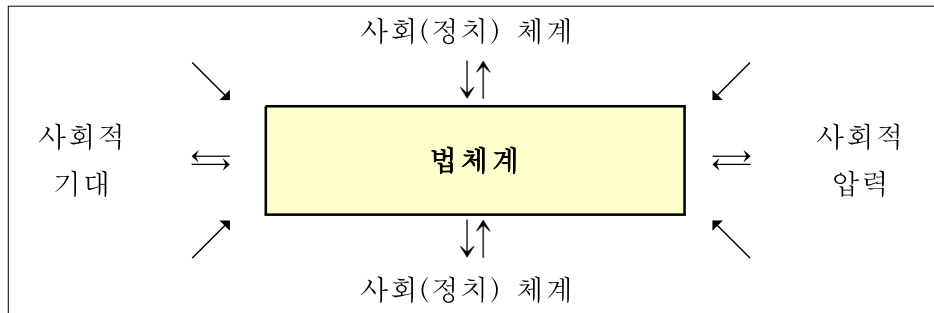
---

568) 양천수, 행정에 대한 사법적 통제범위의 범정책, p.187

: “체계 이론은 <체계-환경> 도식을 사용하여 전체 사회를 관찰한다. 체계이론에 따르면, 전체 사회는 체계와 환경으로 구분할 수 있다. 이 때 체계는 사회적 체계를 뜻한다. 환경(Umwelt)은 이러한 체계를 제외한 나머지를 뜻한다. 따라서 특정한 사회적 체계와 구분되는 다른 사회적 체계 역시 환경에 포함된다. 이를테면 정치와 법은 각기 독자적인 사회적 체계가 되는데, 법체계를 기준으로 보면 정치체계는 법체계의 환경이 된다.

569) 법체계가 내부 논리에 따른 반복적인 자기 생산만 하는 것은 아니다. Teubner는 Luhman과 Marela 등이 주창한 자기-생산적 체계(autopoiesis)의 토대에서 이론을 구축하였는데, 이들 이론의 핵심적인 내용 중 하나는, 체계(system)와 외부 환경(umwelt)을 분리하고 있다는 것이다.

[ 그림 6-3 : 법체계와 주변 환경과의 교류 ]



형식적 법체계 모델에 의하면 도덕적 가치와 정의 관념은 법체계 ‘외부’에 존재한다. 그러나 도덕과 정의가 법체계와 절연되는 것은 아니다. 법체계가 그 환경인 사회정치 여건과 교류하기 때문이다. 주변 환경과의 교류에 따라서 법체계의 내용 구성이 달라질 수 있다.

이러한 관점에서 살펴보면, 법체계의 진화는 진화생물학에서 말하는 주변 환경에의 ‘적응’이라고 볼 수 있다. 법의 발전 과정은 주변 환경에 ‘적응’하는 과정이다. 우리가 여러 판결문에서 관찰하듯이, “제반 사정을 고려하여 사회통념에 따라 합리적으로 판단<sup>570)</sup>”을 한다는 것은 법체계가 주변의 사회 환경의 영향을 받아서 일정한 내용의 결정이 산출됨을 보여준다.<sup>571)</sup> 이처럼 법은 규칙이 실현되고 작동하는 과정에서 재생산과 변화가 발생하는, 형성의 과정 중에 있는 법이다.

570) 대법원 2015.7.23. 선고 2015다200111 전원합의체 판결 등

571) 최대권, 전거서, p.58

“문제는 이렇게 변한 사회와 이 변한 사회에 타당한 헌법의 의미(즉 헌법의 변천)를 발견해 낼 수 있는 눈을 사회과학적 접근방법이 제공하여 준다는 점이다.

그리고 이것은 국가만이 법의 연원(淵源)이 되는 것이 아니라 사회도 법의 연원(淵源)이 되고 있음은 보여주는 것이 된다. (...) 그러나 사회가 법의 연원이 되는 또 하나의 모습은 변화된 사회를 놓고 그로부터 헌법의 의미를 발견(즉 헌법의 變遷을 발견)하는 작업인 것이다. 사회가 법의 연원이 되는 현상은 헌법 분야에 한정되지 아니하고 다른 법 분야(예컨대 민법이나 사회법 등)에서도 관찰되고 있다. 법에 대한 절실한 사회적 필요성(즉 사회적 수요)의 인식이 국가법의 제정을 불러온다는 의미에서 사실 국가법도 많은 경우에 사회로부터 연원하고 있다고 말할 수 있을 것이다.”

## 나. 평형점의 유지와 이동

사회적 조정<sup>572)</sup>으로서의 성격을 지니는 법은 한 사회 내에서 자리잡고 있는 일종의 평형점(equilibrium)으로 이해 가능하다. 이러한 관점에서 법의 변화를 바라보면, 법의 변화는 기존의 평형점(equilibrium)이 새로운 지점으로 이동하는 것으로 이해 가능하다. 사회질서가 변화하면 구체적인 사안에 적합한 법적 판단 역시 달라진다. 만약, 도덕적 가치 및 사회정의의 관념이 변화하면, 다시 말하여 사회에서 적합하다고 평가하고 수용되는 합의로서의 평형점(equilibrium)이 변화하게 되면 그에 따라서 법질서의 평형점(equilibrium) 역시 이동하게 된다.

하지만 법체계 내부의 평형점이 자동적으로 달라지는 것은 아니다. 법체계의 평형점은, 법원이 현존 법규범 체계를 유지하는 결정을 내리느냐 아니면 일정한 변화를 추구하는 결정을 내리느냐에 따라서 그 평형점이 유지되기도 하고 변경되기도 한다. 특정 계기에 의하여 사회적 조정으로서의 법의 실질, 다시 말하여 해당 평형점이 변경되거나 이동해야 할 필요성이 커질 때, 법원은 법형성 결정을 내린다. 제정법을 뛰어넘거나 선례에서 벗어나는 법형성 결정은 통상의 법해석<sup>573)</sup> 판결이 확대·재생산해왔던 법체계에 실질적 변화를 가져온다.

법형성 판결은, 제정법 및 선례구속으로부터의 이탈이라는 점에서 진화생물학의 단절평형(punctuated equilibrium)<sup>574)</sup>이론을 법학에 접목하여

---

572) 사회적 조정만으로는 정의와 도덕을 담보하기 어렵다는 견해도 있으나, 사건으로는 정의(正義)와 도덕적 가치 역시 인간사회에서 장기간 형성된 일종의 사회적 합의 혹은 무수한 사례에서 장기간에 걸쳐 다각적으로 검증된 사회적 조정 내용에 가까울 수도 있다는 생각이다.

573) 선례로서 정립된 법원의 결정 내용은, 판례법이므로 선례를 따르는 결정 역시 제정법의 명제를 적용하는 판결과 마찬가지로 법해석 판결에 속한다. 해석의 막다른 골목에서 법형성이 일어나는 경우는 법원이 선례라는 수레바퀴 자국에서 벗어나는 때 벗어나는 지점(departure point)이다.

574) “고전적인 진화 이론은 진화가 일단은 느리고 점진적인 과정으로 진행된다고 말한다. (...) 하지만 새로운 진화 이론은 그러한 설명과는 대조적으로, 진화는 안정적인 현상유지(stasis) 단계와 급격한 변화(sudden change)의 단계로 구성되어 있다고 설명한다. 엘드리지(Eldredge)와 굴드(Gould)는 새로운 진화 이론을 ‘단절

‘법체계-환경’의 구조에서 그 의의를 검토할 수 있다.<sup>575)</sup> 기존 법규범에 따라서 문제 해결이 되는 상태를 굴드가 말하는 현상유지(stasis) 상태, 현행 실정법으로 문제가 해결되지 않아서 법형성이 요청되고 일어나는 상태를 변화(crisis) 상태로 이해 가능하다.

Teubner가 자기-생산적 체계(autopoietic system)의 관점에서 설명하는 사법부의 현상유지적 결정은 법치주의의 중요한 속성 중 하나인 ‘예측가능성’을 보증하는 역할을 한다. 사법부는 기존의 전거와 선행 결정에 따라 과거에 내려진 결정들과 일련의 궤를 같이 하는 결정을 내린다. 즉 이는 법체계가 자기-생산적(self-reproducing)인 논리 체계이기 때문에, 법리와 법 규범, 선행 판례에서 법원이 이제 막 내리게 될 결정의 내용을 충분히 예측할 수 있는 것이다.

#### 다. 법형성 판결을 통한 법체계의 환경적응

그에 반해 규범 내용적 변화를 가져오는 법형성 논증은, 어려운 사안(hard case)와의 만남을 통해서 법체계 내부 자원이 부족함을 인식하는 경우에 일어나기도 하며, 혹은 법체계를 둘러싼 사회 변화(external disturbance)에 따라서 일어나기도 한다. 법형성 판결의 의의를 이해하기 위해서는 법체계에 관한 논의가 함께 분석되어야 한다. 사회 환경이 변

---

평형이론’이라고 명명하였다. (...) 진화는 완만하고 서서한 과정이 아니라 급격한 변화(in fits)의 과정을 통해서 이루어진다.(Hathaway, "Path Dependence in the Law: The Course and Pattern of Legal Change in a Common Law System", 2003, pp.114-115)"

575) “진화 이론은 변화의 패턴을 설명하는 두 가지 경쟁 모델을 제시한다. 한 모델은 변화가 서서히 꾸준하게 진행되는 과정이라고 하며, 또 다른 모델은 오랜 기간의 현상유지를 하다가 급격한 변화기를 거쳐 변화가 발생한다고 말한다. 두 가지 모델 중 어느 것을 따르더라도, 과거는 현재의 변화 과정에 중요한 영향력을 예측 가능한 방식으로 행사한다. 이러한 특징은 비단 생물학 분야에만 한정되지 않는다. 생물학적 변화에서 얻은 이해는 법의 변화 패턴에도 - 특히 보통법의 변화를 설명하는 경우에도 - 적용할 수 있다.” (Hathaway, "Path Dependence in the Law: The Course and Pattern of Legal Change in a Common Law System," 2003, p.116)"

화하면 그에 대한 법체계의 환경적응을 위하여 법원은 법형성 판결을 내린다. 이처럼 ‘법형성’ 판결을 통해서 의회가 제정한 성문법과 사법부 스스로가 구축해 놓은 선례로부터 이탈하는 새로운 내용을 결정하는 경우, 이는 법체계가 외부 환경의 변화에 따라서 학습하고 적응한 결과물이라고 할 수 있다.

법체계가 ‘환경적응’을 하는 과정에서, 법원리는 사회의 가치변화 및 정의 요청에 반응하여 법체계 내용 구성의 변화를 이끌어내는 매개체가 된다. 법원리가 실정법체계 외부의 예비규범 자원을 포섭하여 법체계 내부 영역으로 끌어들이는 기능은, 법체계와 환경의 관점에서 다시 살펴보면 법원리가 법체계와 외부의 환경을 ‘매개’하는 기능을 수행하는 것으로 정리된다. 법원리를 활용하여 사회체계와 법체계의 교류가 가능해짐으로써, 법원리는 법체계의 대(對)사회적 개방성을 유지한다. 선행 연구들은 법원리의 기능적 활용을 통해서 법체계의 개방성이 유지되는 것을, “개념 법학의 단점을 극복<sup>576)</sup>”하는 것이라고 새기고 있다.

이러한 내용이 가장 직접적으로 명백하게 드러나는 것은 체계와 환경을 명백히 구분하여 논한 Teubner의 법체계 이론이다<sup>577)</sup>. 즉, 법원의 ‘법

---

576) 박정훈, 환경법상 기본원칙들의 법이론적 분석: 법적 성격과 방법론적 기능을 중심으로, p.4

“법원칙은, 법규와 달리, 상호 모순되는 법원칙 또는 법규와 공존할 수 있는 것이다. 그리하여 한편으로 근본적인 윤리적 명제들을 법원칙으로 수용함으로써 전통적인 법실증주의의 한계를 극복하고, 다른 한편으로 근본적인 정치적 결단 또는 정책적 결정들을 법원칙으로 수용함으로써 법과 정치(정책)와의 유기적 관계를 구축할 수 있게 된다. (...) 우리나라에서 헌법상 환경권 규정의 도입과 그에 따른 환경보호정책의 실행 과정에 비추어, 환경법상의 기본원칙들은 정치적 결단 내지 정책적 결정으로서 법원칙이 되었다고 보는 것이 자연스러운 것이다. 요컨대, 법과 정치의 관계에서의 법실증주의의 극복인 것이다.

577) 다음과 같은 Teubner의 논변에서 법체계 내부와 외부를 명확하게 구분하여 이론을 구축하고 살펴볼 알 수 있다. (Gunther Teubner, 1993, pp.56-57)

“자기-생산적 체계로서 법을 이해하는 경우, 이러한 생각이 우리의 법체계 이해에 미치는 영향은 법체계 안에서도 내부 진화가 자체적으로 발생(to transpose the evolutionary functions to within the system itself)한다고 생각하는 것이다. 법체계 안에서도 변이(variation), 선택(selection), 억제(retention) 등 많은 진화적 현상이 일어난다. (...) 자기-생산적인 법체계에서 진화가 가능하다. [그러나] 자기-생산적 법체계가 꾸러지기 전에 그러나 변이, 선택, 억제 등은 법체계 외부로 향해서 작동하고, [내부로 포섭되면] 내부적 작용이 진행된다.

적 논증'의 관점에서는 법관의 법형성에 관한 것이고, 이를 법체계(legal system) 고유의 관점에서 바라보면 법체계의 자기생산(autopoiesis; self-reference) 체계가 흐트러지는 내용 변화의 분기점에 관한 이야기로 정리할 수 있다.

## 제2항 법체계의 구동(驅動)과 승인(承認)

### 1. 법체계의 문지기와 승인을

법체계는 해당 법체계가 위치하는 여건, 주변 환경인 사회정치적 여건에 반응하고 적응하는 규범체계(adaptive system)로서 정리 가능하다. 체계는 기본적으로 주변 환경과 '교호작용<sup>578)</sup>'을 하는 관계에 있는데, 중요한 문제는 그 경계가 어떻게 관리되느냐 하는 것에 따라 환경에의 적응양태를 알 수 있다.<sup>579)</sup>

이를 법체계 영역에서 다시 논의하면, 법체계의 경계에 놓인 의사결정점이 무엇이며 어떻게 기능하느냐를 검토할 수 있다.

“조직의 경계에는 의식적인 장치와 같은 조직이 있다. 경계는 조직으로부터 두 방향으로 환경과 접하고 있는데, 그 하나는 투입물을 공급해 주는 환경이며, 다른 하나는 산출물을 흡수해 주는 환경인 것이다. 경계의 지위는 중요한 것으로서 그것은 투입의 경우이든 산출의 경우이든 간에 환경의 변환과정체계를 통해 변화된 상태로 바꾸는 기능을 수행해야 한다.”<sup>580)</sup>

법체계의 의사결정점은 사법부로서, 법체계의 내용 적합성과 논리적 체계성을 관리한다. 법체계 외부 환경에 전략적으로 반응하며 사회환경이 법체계에 미치는 영향을 조율한다. 이러한 법체계 경계의 의사결정점

---

578) 유종해·이덕로, 현대조직관리, 박영사, 2015, p.26

579) 유종해·이덕로, 현대조직관리, 박영사, 2015, p.57

580) 유종해·이덕로, 현대조직관리, 박영사, 2015, p.100



을 법학의 보다 일반적인 용어로 옮기면 ‘승인(承認)’이라고 할 수 있다.

법체계 의사결정점(decision point)으로 기능하는 승인자(decider)의 인적 속성이 강한지, 아니면 규범적 속성이 강한지에 따라 승인을 이해하는 관점이 달라진다. 법체계의 ‘의식적’ 경계선으로 존재하며 외부환경에 대한 여과(濾過) 기능을 하는 승인자(承認者; decider)의 기능 수행을 검토함으로써 승인에 관한 이해가 가능하다.

승인은 다의적이며 여러 유형이 존재한다. 김도균(2006)은 법체계 승인을 자체의 정당성을 판단하는 ‘메타-승인율’을 논의하기 위하여, 법체계 승인율을 정치적 맥락과 통치구조 등에 따라 다음과 같이 세밀하게 분류하고 검토하였다.<sup>581)</sup>

- ① 전제적 승인율(a dictatorial rule of recognition)
- ② 과두제적 승인율(an oligarchical rule of recognition)
- ③ 다수결 민주주의 승인율(a majoritarian rule of recognition)
- ④ 공화주의적 승인율(a republican rule of recognition)
- ⑤ 민중주의적 승인율(a plebiscitarian rule of recognition)

현대 사회에서 수용 가능한 승인율은 3과 4의 승인율이다. 하지만 민주적 혹은 공화주의적 승인율을 표방한다고 하더라도, 승인율에 관한 실제적 분석을 위해서는 승인이라는 행위 자체가 어떻게 이루어지는지를 관찰할 필요가 있다. 승인이 주권자의 의지로만 이루어지는 것은 아니다. 법원리의 작용이 필요하다. 이를 “법체계는 스스로 법적인 것과 법적인 것이 아닌 것을 결정”한다고 표현할 수도 있다. 사법부의 권위적 승인이

---

581) 김도균, 근대 법치주의의 사상적 기초: 권력제한, 권리보호, 민주주의 실현, pp. 115-116

: “하트나 법실증주의자들의 경우 승인율 자체의 정당성은 사회적 사실(사회적 관행)에 따라서 판단된다. 그런데 왜 승인율은 사회적 사실이나 관행의 문제로만 축소되어야 하는가? 승인율이 단순한 관행이나 반복되는 사실에 머물지 않고 진정한 규범으로서의 승인율이기 위해서 충족되어야 하는 규범적 기준은 없는 것인가? (...) 주권의 창출 및 유지의 과정이란 곧 법체계 자체를 규정하는 이차적 규범들(승인율)과 그 법체계 내에서 제정·적용·집행의 권한을 가진 자들이 의무를 규정하고 있는, 권위 있는 이차적 규범들(변경률과 재판율)을 창출하며 유지하는 과정이기도 하다.”

법체계에서 어떠한 의미를 지니는지에 관해서는 관습법에 관한 연구를 통해서 정확하게 확인할 수 있다<sup>582)</sup>. 관습법은 사회의 관행이 사회 구성원들로부터 법적 확신을 얻을 때에 관습법으로 성립한다고 하지만<sup>583)</sup>, 해당 관습법을 실제 확인하는 것은 법원의 권능과 역할이다. 법원이 특정한 사회적 규범을 ‘관습법’으로서 승인함에 따라 관습법이 존재한다<sup>584)</sup>. 법원의 종류로서 성문법, 관습법, 판례법의 세 가지를 들지만, 실제 성문법을 제외한 관습법과 판례법의 존재 확인은 사법부를 통해서 가능하다. 이에 관하여 법원이 ‘승인’을 과도하게 강조하는 경우, 관습법은 사라지고 판례법만 남게 된다는 비판도 존재한다.<sup>585)</sup> 아무리 특정한 사회적 관행이 존재한다 하더라도 법원이 해당 관행을 승인하지 않으면 - 전체 법질서의 이념에 위배되는 것이라고 하여 - 법적 지위를 인정되지

582) 사법승인설과 법적확신설이 대립하고 있다.

583) 오세혁, 관습법의 현대적 의미, 법철학연구 제9권제2호, 2006, pp. 147-148

"관습은 특정한 사회에서 습관적으로 준수되는 사실과 관행으로부터 자연발생적으로 축적된 규칙이다. 이러한 관습이 사회구성원들의 법적 확신을 얻을 때 관습법으로 된다. 간단히 말해서 관습이 법으로 발전된 것이 관습법이다. 관습이 일정한 행동에 대한 사실적인 기대를 불러일으키는 일정한 행동양식이라면 관습법은 그러한 행동양식에 대한 구속력을 수반하고, 나아가 그 위반에 대한 제재를 동반하는 일정한 행위지시이다. 한 마디로 관습은 사실(Faktum)이지만, 관습법은 규범(Norm)이다."

584) 오세혁, 관습법의 현대적 의미, 2006, pp. 150-151

"법 일반에서 타당한 모든 것은 관습법에서도 타당하지 않으면 안 된다. 이 점에서 관습법의 효력근거 역시 법의 효력개념 및 효력 근거에 대한 일반적인 고찰에 기대지 않을 수 없다. 일반적으로 제정법이 상위법으로부터 효력을 얻는 것과는 달리, 체계초월적인 법으로서의 관습법은 스스로 그 효력을 획득한다. (...) 법 공동체의 구성원들이 일정한 관행을 구속력 있는 것으로 승인한다는 것, 다시 말해 법적 확신이라는 형태로 변형된 수범자의 승인에서 관습법의 효력 근거를 찾는 것이 합당할 것이다."

585) 오세혁, 전개서, pp.158-159

"승인설이 주장하는 바와 같이 판결과 같은 국가의 승인을 통하여 비로소 관습법이 성립된다면, 판결 없이는 관습법이 성립할 수 없다. 특히 법원이 관습법의 적용 여부에 대하여 통제되지 않는 재량권을 갖고 있는 경우에 관습은 법원이 적용할 때까지는 결코 법이 될 수 없다. 그렇게 되면 관습법은 사라지고 판례법만이 남는다. 이는 관습법의 독자성을 부정하는 결과가 된다. 하지만 민법 제1조의 해석론에서 보다시피 판례의 법원성에 대해서는 논란이 있더라도 관습법의 법원성은 전혀 의심되지 않고 있다. 승인설은 관습법이 아니라 관습법의 외피를 쓰고 등장하는 판례법에 대하여 법원성을 인정하자는 것과 다를 바 없다. 아마도 승인설의 배후에는 관습법의 독자성을 실질적으로 부정함으로써 법의 형성권한을 국가 또는 국가기관에 독점시키려는 국가지상주의의 사고가 이면에 잠재해 있을 것이다. 판례법을 독자적인 법원을 인정할 것 인지의 문제와는 별개로, 법관에 의한 관습법의 적용이 관습법의 존재에 대한 확인적 의미를 갖는 데에 그친다고 볼 경우에만 관습법은 존재할 수 있다."

않기 때문이다.

## 2. 법원의 승인과 법원리의 기능

법관들은 일종의 ‘법체계의 문지기(gate-keeper)’ 역할을 수행한다. 법관들은 논증 작업을 수행하면서 현존 법체계를 유지하거나 새로운 내용의 법규범을 추가함으로써 법체계의 내용 구성에 변화를 가져오는 역할을 한다. 법관들이 내적 논증을 수행하는 경우 법체계의 내용적 일관성이 유지되고, 그에 반하여 주어진 분쟁 사안을 해결하기 위하여 외부 자원을 활용하는 논증을 하는 경우에는 현존 법체계 외부의 자원을 법체계 내부로 포섭·편입하는 결정적 계기가 된다. 즉, 법원은 법체계의 구성 내용에 일정한 영향을 미칠 수 있는 외부 자원의 유입을 결정함으로써, 외부 환경으로 향해 있는 법체계의 문을 열고 닫는 문지기(gate-keeper)로서의 역할을 수행한다.

사법부의 권위적 승인(recognition) 하에 법의 영역 안으로 들어온 규범은 이제부터 법 규범이 되고, 사법부의 승인을 받지 못하여 법체계의 외부 영역, 법관이 지키는 문 밖의 영역에 머물러 있는 규범들은 사회구성원들의 행위에 영향을 미치는 사회적 규범으로서는 기능하지만 - 도덕 내지 사회적 상규, 법감정 등이 이름으로는 불리는 많은 예비규범들이 이에 해당할 것이다 - 사회적으로 일정 수준 이상의 지지를 받고 있으나 법 규범은 아닌 존재이다. 체계가 단순히 개방적인(open)인 체계이기만 하다면 하트(Hart)와 라즈(Raz)가 말하는 권위적 승인은 불필요하다. 하지만 권위 있는 승인을 통해서, 2차 규칙에 의하여 1차 규칙이 존재한다. 하트가 승인(recognition), 변화(change), 재판(adjudication)이라는 2차적 규칙을 통해 법체계의 구성과 운용을 설명하는 이론을 축조하는 것은, 그가 ‘사회적 압력(social pressure)’을 강조하는 사실과 무관하지 않다. 하트는 사회적 규범성을 주장하고 있기에 폐쇄적 법체계 관념과는 차별화된 법체계를 설명한다. 즉, 하트가 설명하는 법체계는 2차

적 규칙들의 작동으로 인하여 새로운 1차 규칙이 체계 안으로 변경되거나 법체계 내부에 있던 기존 규칙이 변경되거나 폐기되는 개방적인 법체계(open system)라고 평가할 수 있다<sup>586)</sup>.

권위를 보유한 법원은 ‘인식(cognition)’한 법을 구체적 분쟁 사안에 적용함으로써 제도적으로 ‘승인(recognition)’한다. 따라서 법체계가 인식적 차원에서는 열려 있되(cognitively open)<sup>587)</sup>, 사회적 여건 내지 외부환경의 변화에 어떻게 적응하고 반응하기 위해서는 외부의 자원을 법체계 내부로 포섭·편입된 이후에야 실제적인 변화가 일어날 수 있다(operatively closed)<sup>588)</sup>. 이를 다른 각도에서 보면, 구체적인 판결이 있어야 법체계(legal system)가 구동할 수 있음을 의미한다.

라즈(Raz)는 개별적인 법(a law)이 모여서 전체적인 법(the law)를 구성한다고 보고, 법의 규범성에 대한 설명은 법의 개념(conception of law)보다 법체계 개념에 달려 있다고 하면서 법체계의 의미를 강조한다.<sup>589)</sup> 라즈는 특정 법체계(legal system)에 속한<sup>590)</sup> 개별법을 확인하는 방법을 두 가지로 구분한다. 켈젠과 같이 법의 연원에서 소속을 확인하

---

586) Hart 스스로는 법을 두고 ‘법의 열린 구조(open texture)’라는 표현을 사용하였으나, 본 연구는 Hart가 설명하는 법체계를 open system이라는 표현을 사용하여 정리한다. 이는 법체계의 개방성이 단순히 Hart가 설명하는 언어의 모호성과 불확정성에 기인한 것만은 아님을 분명히 하기 위해서이다.

587) 만약 법체계가 인지적 차원에서도 ‘폐쇄적’인 체계이면 아무리 내부적 구성의 완결도가 높다고 하더라도 외부를 이해할 수 없다. 폐쇄적 계(界)의 예로서, 어학사전을 들 수 있겠다. 정교한 설명을 제공하는 어학사전을 아무리 열심히 처음부터 끝까지 읽는다고 하여도 외부 세계와의 교섭이 없다면, 그 어학사전의 설명이 정확하고 능숙하다 한들 꼬리에 꼬리를 물고 순환을 하는 폐쇄적 세계 안에서는 단 하나의 개념도 이해하기 어렵다.

588) 이는 형식적 법체계론자인 Kelsen의 법체계와 확연하게 다른 부분이다. Kelsen은 근본규범에서 법이 파생되고, 논리적 연역에 따라서 답을 찾을 수 있는 닫힌 체계(closed and deductive system)로서 법체계를 상정하고 있다.

589) Raz, J., The Concept of a Legal System, p.44

“무엇보다도, 법의 체계가 존재한다는 것은 그러한 법체계에 속한 법들이 존재한다는 사실을 의미(the existence of a system of law entails the existence of the laws belonging to it)한다. 그렇기에 어떠한 법의 존재 조건은 법체계의 존재를 이해하는 것과 특별한 관련성이 있다.”

590) 라즈는 어떠한 규범이 법인가 아닌가 하는 것은, 해당 규범법이 법체계의 내부적 구성내용으로 포섭되는지(membership) 여부에 따른다고 한다.

는 방법(the principle of origin)과, 하트의 설명과 같이 권위 있는 승인에 따라 그 소속을 확인하는 방법(the principle of authoritative recognition)이다.

법의 연원에 따라서 체계적 소속을 확인하는 방법은 켈젠의 법체계 이론, 즉 근본규범에서 법이 위계적·중층적으로 파생된다는 생각과 이어진다. 그러나 법의 연원에 의하여 법체계 구성을 설명하는 것은 단순한 규범들에 대해서만 가능한 것이지 현대 사회의 법체계와 같은 복잡한 법체계를 대상으로는 충분한 설명이 어렵다고 평가된다. 라즈 스스로도 법의 연원을 따지는 방법은 제한적 설명력을 가진다고 비판적 입장에서 검토한다. 라즈는 권위 있는 승인(authoritative recognition)에 의하여 개별 법률의 체계적 소속을 밝히는 것이 더욱 많은 경우를 설명할 수 있다고 본다. 이는 법적용 당국(authority)의 인정과 승인을 통하여 법을 확인하는 방법이다. 라즈가 말하는 법은 ‘권위로서의 법’이다. ‘권위’가 법의 본성임을 강조하는 라즈는 어떠한 규범이 법체계에 속하느냐 여부, 즉 법의 존재를 법적용기관의 인정 여부와 결부한다. 라즈에게 있어서 실정 사회의 일반 수범자들이 대체로 무시하는 법이라고 하더라도 권위를 지닌 법적용기관이 해당 법을 법으로서 승인하는 이상 그 법은 유효한 것이다<sup>591)</sup>.

이러한 이해와 함께, 법의 인식에 있어서 하트(Hart)가 보여준 통찰력은, 법 개념을 구성하는 핵심적 요소를 권위적 승인으로 설명한 것이다. 특정 법규범은 그 자체로 독자적 별개로서 존재하는 것이 아니라 권위 있는 집단의 승인이라는 확인 작업을 통해서 성립한다는 것이다. 예비규범으로서 존재하던 특정 규범은 승인을 통해 법규범으로서의 위상을 부여받고 법체계(from the pre-legal into the legal world)<sup>592)</sup>로 들어온다.

하트는 법이 규칙의 체계라는 관점에 기초하여<sup>593)</sup>, 법체계 구성을 이

---

591) 이와 같은 라즈의 관점에서 법적 의사결정을 이해할 때, 우리가 이해하는 법적 의사결정의 ‘정통성(legitimacy)’은 권위에서 비롯한다. 법적 의사결정의 적법성은 사회적 권위를 통해서 획득된다.

592) Hart, The Concept of Law, p.94

원적으로 파악하였다. 하트는 법체계를 분석함에 있어서 어떠한 규범이 법체계의 진정한 구성 요소인지 결정하는 과정(the process of which norms are part of the legal system)을 설명한다. 하트가 설명하는 법체계는 명령·금지·허용을 정하는 일차적 규칙들과 그러한 일차적 규칙들을 승인, 변경, 적용하는 이차적 규칙들로 구성되어 있다<sup>594)</sup>. 법은 의무로서의 법인 1차 규칙과 무엇인 법인지를 판명하는 승인율(承認律), 즉 메타 논리로서의 2차 규칙으로 구성된다<sup>595)</sup>.

승인율을 중심축으로 하는 하트의 법이론<sup>596)</sup>은, 법이 법으로서 자리매

593) 김혁기, 2009, 전개서, p.119

: Hart의 법이론은 법이 규칙의 체계라는 관점에 기초하고 있다. 그가 법이 본성상 부분적으로 불확정적이라고 보는 것은 규칙이 불확정적이기 때문이다. 그러므로 Hart에게 있어, 열린 구조론은 언어의 규칙에 대한 것이 아니라 법의 본질에 대한 논증으로서의 성격을 갖는다. 법을 규칙의 일종으로 이해하지 않을 때에만 열린 구조는 법과 무의미한 것이 된다. 결론적으로, 열린 구조론은 법이 언어로 표현되고 규칙으로 이해되는 한에서는 필연적으로 불확정적이라는 점을 보여주는 법의 일반 이론에 해당한다.

594) Hart, The Concept of Law, 1961, p.65

"법체계의 핵심은 ... 의무에 관한 1차적 규칙과 승인·변화·판결에 관한 2차적 규칙으로 이루어진 결과 빚어진 구조(the structure which has resulted from the combination of primary rules of obligation with the secondary rules of recognition, change and adjudication)이다."

595) 1차적 규칙이 행위자에게 직접적으로 의무를 부과하거나 권한을 부여하는 규칙인 반면, 2차적 규칙은 규칙에 대한 규칙, 다시 말해 규칙의 변경에 대한 규칙, 규칙의 적용과 집행에 대한 규칙, 규칙의 식별에 대한 규칙을 말한다.

596) Postema는 Hart의 법이론을 다음과 같이 요약하고 있다.

- ① 법은 역사적으로 진화하는 복합적인 제도로서, 인간이 세월 속에 가공해낸 산물이다.
- ② 법체계는 상이한 기능을 수행하는 여러 다양한 종류의 규칙들로 이루어진다.
- ③ 일차규칙은 사람들의 일상적인 행동을 지배하거나 사회적 상호 관계를 용이하게 하고, 이차규칙들은 법규칙 체계를 유지하는 부담을 지는 공직자들은 지배한다.
- ④ 이차규칙 중 중요한 것으로는 변경규칙, 재판규칙, 식별규칙이 있다.
- ⑤ 모든 법규칙들은 승인율에 따라 하나의 단일화된 체계를 구성한다.
- ⑥ 권위가 있는 의무부과 규칙은 법적 구속력이 있다. 이 규칙들은 법체계 속의 효력 있는 규칙이라는 제도적 승인에 따라서 의무를 부과할 수 있다.
- ⑦ 법체계의 승인율은 그 자체로는 효력을 가지는 법규칙이 아니지만, 다른 모든 법규칙 및 법규범의 효력을 위한 기준이다.
- ⑧ 승인율에 따라서 법을 적용하는 공직자들은 승인율에 의해 법체계 내에서 유효한 것으로 identified 된 제반 규칙들을 간접적으로 수용한다.
- ⑨ 법규칙은 개방된 구조(open texture)를 갖는다. 논쟁이 발생하는 회색지대에 있는 사안을 결정하는 경우에는 법을 적용한다기보다는 기존 법의 안내를 받아서 법을 만

김하기 위해서는 해당 규범이 법체계 내로 편입되는 법 공동체의 승인(recognition)이 필요하다는 설명을 핵심으로 삼는다. 승인 규칙은 하나의 체계에 속하는 다른 규칙들의 효력을 판단할 기준을 제시하므로, 그 체계에서 궁극적인(ultimate) 규칙이라고 할 수 있다<sup>597)</sup>.

하트가 말하는 1차 규칙은 이미 생성되어 현존하는 ‘법체계’, 기존 실정법 규범의 총화를 의미한다고 볼 수 있다<sup>598)</sup>. 이에 반하여 2차적 규칙들은 법체계 내지 법질서의 구조적 생성과 변화를 유발하는 메타 규칙이다. 2차 규칙은 사회 일반 모두가 아니라, 법적 분쟁에 대하여 종국적으로 결정하는 법원을 비롯하여 사회적 권위를 지닌 공직자의 실행(practice)에서 드러난다.

하트가 말하는 1차적 규칙은 사회의 구성원 모두가 확인하고 규범적 영향력을 미치는 가시적 규칙이며, 2차적 규칙은 그러한 1차적 규칙을 형성하고 변경하는 메타 규칙이다. 하트는 『법의 개념』에서 다음과 같이 사회 일반을 상대로 작동하는 가시적인 1차 규칙의 운용을 설명한다.

“대규모 집단에서는 사회 통제의 중요한 도구는 일반적인 규칙들(rule), 규준들(standard), 원리들(principle)이어야 하며 각 개인에게 별도로 부여되는 특정한 지침이어서는 안 된다. 행위의 일반적 기준은 대다수의 개인들에 의해 추가적 설

든다.

⑩ 법체계는 실효적(effective)이어야 존재 가능하다. 법체계의 실효성은, 승인을 따르는 공직자들과 수범자들의 일차규칙 수용, 그리고 법규칙의 언명이 모호한 회색지대의 문제가 권위 있는 해석에 의해서 해결되는 경우에 가능하다.

⑪ 법체계가 실효적인 것은, 법규칙 속에 규범 이탈로부터 보호 가능한 장치가 포함되어 있고, 요청되는 바를 행동으로 옮기게 하는 강제 메커니즘이 있을 때이다.

(Postema, Legal Philosophy in the 20th Century : The Common Law World, A Treaties of Legal Philosophy and General Jurisprudence: 2011)

597) 현대 법체계를 정리하는 Teubner의 논변은 법체계의 내부/외부라는 관점에서 접근하였을 때 Hart와 유사한 논리 체계를 발견할 수 있다. 하트가 말하는 승인율(rule of recognition)과 Teubner가 말하는 system theory는 논리적 구성에서 많은 부분이 겹친다.

598) Hart에 따르면, 1차적 규칙들로만 이루어진 법체계는 불확실(uncertain)하고, 정적(static)이며 비효율적(inefficient)인 문제가 발생한다. Hart는 이러한 문제들을 2차적 규칙들인 승인규칙(rules of recognition), 변경규칙(rules of change), 재판 규칙(rules of adjudication)’을 도입하여 해결 가능하다고 설명한다.

명 없이 이해되며, 또한 어떤 일이 생길 때 어떤 행동을 하라고 요구한다. (...) 그리고 법이 사회생활의 광대한 영역에 걸쳐 성공적으로 운용될지는 특수한 행위, 사물, 상황을 법이 만든 일반적 분류의 사례들로 받아들일 수 있는 널리 확산된 능력에 의존한다.<sup>599)</sup>”

이에 반하여, 토이프너(Teubner)가 설명하는 법체계 이론은 보다 역동적인 법체계의 구성과 작동을 제시한다. 토이프너는 법체계는 자기-생산적 체계(auto-poiesis)라고 하면서, 하트의 2차적인 규칙이 1차적인 규칙을 승인·변경·폐기하는 것이 법체계가 스스로를 조직해 내가는(self-organizing) 것이라고 분석한다.<sup>600)</sup> 2차 규칙을 행사하는 이들이 현존 법체계에 새로운 내용의 법규범을 추가함으로써 법체계의 구성적 변화를 유발하는 것이다.

“최종적 결정자가 비인격적인 규칙(a final nonhuman decider)일 수는 없다는 흄스의 논리에 정면으로 반대되는 것이 바로 하트의 ‘승인율’ 이론이다. 하트는, 흄스와는 달리, 한 개인이건 집단이건 법을 제정하고 해석할 수 있는 권능을 부여하는 것은 권력자의 명령의지가 아닌 규칙(이차적 질서의 규칙)이라고 논증하였다.<sup>601)</sup>”

하트는 법체계를 오로지 순수한 규칙들의 논리 위계적 구조물로 바라보는 것이 아니라, 사회의 행위 주체들이 - 2차 규칙을 행사하는 결정 권한을 지닌 주체들 - 관여하는 개념으로 이해하였다. 이를 통하여 하트가 설명하는 법체계는 가변적이고 유동적인 법체계의 성격을 지닌다.

---

599) Hart, 법의 개념, p.124

600) Gunther Teubner, Law as an Autopoietic System, p.20

“법체계는 스스로를 조직해 내가는(self-organizing) 시스템이다. 하트가 말하는 2차 규칙에 따라 1차 규칙이 만들어질 때, 식별 과정을 거쳐서(through forms of identification and procedure) 법체계의 자가 조직이 이루어진다.”

601) 김도균, “근대 법치주의의 사상적 기초: 권력제한, 권리보호, 민주주의 실현”, 법치주의의 기초: 역사와 이념, 서울대학교 출판부, 2006년, pp.106-107



## 제 7 장 결 론

### 제 1 절 연구의 요약

#### 제1항 법원리의 정책적 기능

법원이 문제사안 해결을 위하여 법원리를 활용하는 경우, 법원은 법원리의 건전한 비판력과 법리생성이라는 ‘기능’을 활용하는 것이지, 그 실질의 ‘내용’을 활용하는 것이 아니다. 법원리는 실질의 내용을 논하기에는 이미 그 추상성의 수준이 현저히 높고, 높은 추상성은 특정한 내용을 지시하기 어렵게 만든다. 이는 동일한 법원리를 두고 법원 내부에서도 전혀 다른 방향의 해석을 하는 모습에서 잘 확인된다.

비실증주의 법학자들은 법원리의 특성을 설명함에 있어서, 어느 하나를 살리려면 다른 하나가 무력화되어야 하는 상호모순 관계의 법규칙과 달리, 일견 상충하는 법원리라고 하더라도 ‘형량’을 통해서 ‘최적화’된 결론을 내릴 수 있다고 한다. 그러나 법원리의 최적화가 가능한 것은, 구체적 내용이 명확하게 갖추어져 있는 법규칙과는 다르게, 법원리는 구체적 사안의 정의를 구현하기 위하여 법원이 그 내용을 충전(充填)할 수 있는 비어있는 상태 - 엄밀히 말하면, 완전히 비어있지는 않으나 규범적 밀도가 매우 낮은 상태 - 이기 때문이다.<sup>602)</sup> 법원은 구체적 사안의 제반 요소를 감안하여 정책적 사고를 동원한, 문제사안에 최적화된 결정을 내리고, 그러한 결정을 법원리라는 이름으로 다시 재검토한다. 법원리의 내용이 실제 특정한 내용을 지시하기에는 부족함을 받아들인다면, 비실증주의에

---

602) 여러 번 언급한 바와 같이, 이 연구는 법을 가시적인 것 - 권위에 의해서 보증되는 사회적 실행 - 으로 이해하는 법실증주의 관점에서 법원리의 구체적 실질이 부족한 것으로 본다.

서 말하는 법원리의 ‘최적화’란 문제 상황에 대한 ‘정책적 사고’ 혹은 ‘종합적 사고’라고 이해함이 타당할 것이다.<sup>603)</sup>

법원리와 법규칙이 구분되는 차이를 찾음에 있어서 그 내용이 ‘비어있는 상태’인지 아니면 ‘이미 들어찬 상태’인지로 보면 법원리를 논거로 삼은 판결을 이해하기 수월할 것이다. 추상적 법원리는 특정 내용을 명확하게 지시하지 않는다. 이처럼 법원이 구체적 사안에 적합한 내용을 충전(充填)할 수 있는 법원리는, 법원이 사회의 가치변화 및 정의 요청에 반응하여 법체계 내용 구성의 변화를 이끌어내는 매개체가 된다.

법원리는 법체계 내부에 존재하기에는 그 내용적 실질이 결핍된 혹은 부족한 상태이나, 중요한 결정의 논거로 활용된다. 내용적 실질이 부족한 법원리가 이와 같은 ‘기능’을 수행하면서 법의 내용적 변화를 유도하는 것은, 법원리가 법체계 내부에 존재하지 않기에 법체계 외부자원의 유입을 가능하게 하기 때문이다. 이러한 ‘비어 있음(void)’으로 인하여 법원리는 법체계 내부의 자원이 동원되는 것을 정지시키거나, 혹은 외부의 자원을 유입하여 기존의 규범 자원과의 결합으로 법리를 형성하는 기능을 수행한다.

‘법원리(法原理)’가 사회 현실에서 어떠한 기능과 역할을 수행하고 있는지 그 작동 방식과 양태를 관찰할 때, 법원리는 기존 법규범의 체계 내에 존재하는 것이 아니라 외부 자원을 포섭하여 새로운 법규범의 형태로 빚어내는 기능을 수행하고 있음을 알 수 있다. 법원이 법체계 내부의 자원으로는 문제사안에 적합한 결정을 내리기 어려운 경우 -순수 법적 논증만으로는 답이 주어지지 않거나 혹은 지나치게 가혹한 결론, 우스꽝스러운 결론이 주어지는 경우- 법원은 법체계 외부 자원을 활용할 필요를 인식하고, 법감정과 사회적 정의관념 등을 사안의 판단기준으로 활용하기 위하여 해당 내용들을 법원리를 통해서 법체계 내부로 포섭한다.

---

603) 즉, 본 연구는 법원리가 법규칙과 구분되는 것으로 이해함에 있어서는 법실증주의 및 비실증주의 법학자 모두의 연구를 수용하였으나, 법원리의 ‘기능’ 내지는 ‘작용’을 이해함에 있어서는 법실증주의 관점에 보다 충실하려고 하였다.

대법원 전원합의체 판결에서 등장하는 법원리는 성문법과 판례법을 변화하는 기능, 새로운 관습법을 법적으로 승인하는 기능을 한다. 이러한 법형성 작업을 통해서 법체계는 사회의 변화를 수용하고, 그 결과 법체계 내부 구성의 변화를 가져온다.

법원리를 활용한 논증은, 현행법에 대한 비판적 의식에 기초하여 등장하며, 현행법에 대한 불만을 해소할 수 있는 동력과 변화의 근거를 제공한다. 법원리에 기반한 법관의 유연한 사고가 실정법을 경솔하게 대하는 사고는 아니다. 법원리 그 자체가 실정법이라고 할 수는 없지만, 법원리를 통해서 실정법이 중시하는 법의 ‘사회적 연원’의 의의가 담보될 수 있기 때문이다. 법원리는 법체계가 사회체계로부터, 혹은 사회의 도덕가치 체계로부터 ‘수혈’을 받는 것을 가능하게 한다. 법체계는 사회체계 안에 위치한다. ‘우리사회의 정당하고 실효성 있는 법’으로서 그 타당한 내용을 보완해나가는 작업이 요청된다.<sup>604)</sup>

---

604) 법현실을 수용함에 있어서, 법원리를 활용한 법원의 결정을 순수한 규범적 진리라고 하는 것보다는, 정책적·종합적 판단 과정을 거친 법형성 결정이라고 하는 것이 그에 관한 비판에 보다 열려 있게 됨으로 인하여 오히려 더욱 치밀한 논리의 전개와 이익형량, 가치 판단을 요청하고 촉진할 것이다. 법원의 결정이 비판에 열려 있으면 열려 있을수록 보다 건전한 결정 기제가 작동한다. 당연히 주어진 소여로서의 진실이 드리우는 구름보다는, 열린 비판의 투명함 아래에서 보다 정합적이고 내실 있는 법리가 형성될 수 있다. 다시 말해, 법원의 논증책임을 강화하여 보다 충실한 논증에 기여하게 된다.

사법재량은 법체계를 지속가능하고 사회적 실효성을 확보할 수 있게 만든다. 법의 사회적 정당성을 확보하는 것임과 동시에, 법체계의 실효성을 보장하는 방편이 된다. 다만, 사법재량이 작동되는 바람직한 방향은, 사법부의 법정책결정을 통해서 일정한 내용의 판결이 내려지면 그에 관한 사회적 재평가와 논의를 통해서 의회입법 등의 방식을 통해서 보다 광범위한 사회적 합의가 반영된 규범이 성립되는 것이다. 즉, 익숙한 통상의 관념처럼 의회입법이 선행하고 사법부의 결정이 후행하는 방식 외에 사법부의 결정이 선행하고 의회입법이 후행하는 경우가 존재할 수는 있으나, 사법부의 결정이 선행하기만 그에 대한 의회입법 등 사회적 추인(追認) 반응이 결여되어서는 안 된다. 법체계가 궁극적으로는 사회체계를 쫓는다는 것은 민주적 자기지배에 부합한다고 볼 수 있을 것이다.

## 제2항 법체계의 환경적응

법원의 논증방식과 연계하여 법이 변화하는 과정을 이해하면, 법체계(legal system)의 작동방식을 분석하는 통로로 삼을 수 있다. 법의 지도이념 내지 근본원리 등 법원리 논거가 활용되는 판결은 법체계 내부의 자료만을 활용하는 논증 작업으로는 적합한 결정을 얻기가 곤란하여 현행 실정법 외부의 자료를 판단을 내리는 근거로 -그것이 명시적이든 혹은 묵시적이든- 사용한다. 이를 법체계의 관점에서 관찰하면, 법원리 논증은 법체계 내부 논거의 동원을 정지시키거나 법체계 외부로 문을 여는 기능을 한다. 그리고 법원리가 활용된 결과, 기존과는 새로운 법리가 형성된다<sup>605)</sup>.

이는 법체계의 속성이 개방적이고 유연하다는 것을 알려준다. 법적 결정은 법 내부 논리의 연역에 의하는 경우도 많지만, 외부와 절연된 폐쇄상태(organizational closure)에서 산출되는 결정보다, 사회 현실과의 부단한 상호 작용을 통해서 판단이 생성되고 정련되는 경우를 간과할 수 없다. 법체계가 외부 여건 등에 반응하는 적응 체계(adaptive system)로서의 성격을 지니고 있기 때문에 새로운 내용의 범규범이 형성되거나 법이 변화하는 계기가 만들어진다. 법원리 논증은 우리 법체계가 개방적 법체계(open and adaptive system)를 기반으로 이루어짐을 보여준다. ‘사회적 조정’으로서의 법으로 구성된 실정법체계는 언제나 미완의 상태이므로 끊임없는 수정이 필요하다.

법원은 논증작업 - 법해석과 법형성을 모두 포함하는 논리적 판단의 작업 - 을 통해서, 법이라는 시스템의 논리적 일관성과 내용적 적합성을 담보한다. 이를 법체계의 전반적인 변화와 발전을 쫓아가는 거시적 관점

---

605) 특정 법리를 형성하지 않고 성문법의 효력을 제한하는 소극적(negative) 방식으로 법원리가 작용하는 경우라고 하더라도, 최소한 어떠한 상황에서 특정 성문법의 효력이 제한되는지에 관한 일정한 판례법이 형성된다. 따라서 법원이 법원리를 활용하여 실질적 내용을 제공하는 형성적 혹은 긍정적(positive) 판결을 하는 경우이건, 아니면 성문법의 효력을 제한하는 소극적(negative) 판결을 하는 경우이건 일정한 법리가 만들어진다는 점에서는 동일하게 평가할 수 있다.

에서 살피자면, 법원리가 판단의 근거로서 활용되는 경우는, 법체계가 안정적 현상유지 상태(stasis)가 아닌, 법체계 외부의 자원을 논거로 동원하여 불안정하지만 구체적 타당성을 찾는 변화의 상태(crisis)에 있는 것이라고 볼 수 있다. 주어진 범명제를 적용하여 결론을 도출하는 연역적 논증이 이루어질 때 법체계는 기존과의 내용적 동일성을 유지하는 상태(stasis)이며, 법원리를 활용한 논증이 일어나는 경우 법체계의 내용 구성은 새롭게 변화하는 상태(crisis)이다.

법원이 법원리를 활용하는 논증방식을 취하는 경우, 법체계의 안정적 상태(stasis)는 깨어지고, 불안정(crisis)<sup>606)</sup> 상태에서 법리의 형성과 변화가 일어난다. 법원의 결정이 법의 실질적 내용 구성에 변화를 가져오는 경우, 법원은 감지되는 사회의 변화와 정의 요청을 포착하는 수용기(受容器)로서 법원리를 활용한다. 사회는 무단하게 변화하며 현존 법체계에 사회의 변화를 수용하여 이미 구축되어 있는 법논리 구조에 접목하는 역할을 사법 기구가 담당하고 있다. 사회 정의는 무단한 변화의 도상에 있는 형성적·가변적 개념이기에 법 역시 만들어져가는 개념이며, 보다 더 완성된 법으로의 발전을 위해 법원리는 중요한 기능을 담당하고 있다. 법원리가 논거로 활용되는 경우 법원은 사회에서 수궁할 수 있는 결정을 산출하려는 것이다. 다시 말해, 법원의 정책적 사고와 종합적 판단은, 사회의 ‘승인’을 모색한다. 법원이 법원리를 활용하는 경우는, 사회의 변화를 쫓아가고 반영하기 위한 경우, 그리고 심각한 부정의를 막기 위한 경우 - 이 경우 ‘지나치게 가혹한 처사’ 등 심각한 부정의에 대한 평가는 사회의 수용 여부를 염두에 둔 것이다 - 이다. 법관의 사안규범 창설을 가져오는 ‘궁극적’ 원인은 사회 규범질서의 변화에 있다고 할 것이다.

---

606) 슈미트와 아감벤의 ‘비상사태’와 일부 속성을 공유하지만, 정치적 격변이나 비상사태가 아니라 일상적인 상황에서 일어나는 규범 변화를 설명하는 ‘불안정’ 개념이며, 슈미트의 비상사태에서는 모든 규범의 효력이 정지되는 것이지만, 불안정 변화상태에서는 해당 규범의 내용이 변화하는 것이지 전반적인 법체계는 안정적으로 유지된다.

## 제 2 절 연구의 시사점

### 제1항 법원의 의사결정

이 연구는 법원이 ‘법을 말하는 입’이라는 단순한 관념처럼 협의의 법 해석 기능만을 수행하기보다는, 법원리에 입각한 정책적 판단을 하면서 다양한 문제 상황 및 변화하는 사회현실에 적합한 결정을 산출하기 위하여 적극적인 대안 모색의 접근방식을 취해 왔음을 확인하고자 하였다.

통상적인 입법부와 사법부의 관계는, 입법부가 만든 법률을 사법부가 해석하고 적용하는 것이다. 결정의 선후를 따지면, 입법부의 결정과 사법부의 결정의 선행-후행의 관계에 있다. 하지만 경우에 따라서는 법원의 판결이 제정법 내용에 반영되는 경우도 존재한다. 최고심인 대법원의 정책적 판단이 의회 입법으로 이어지는 경우가 있는데, 만약 그러한 법원의 판결이 법률에 충실한 법해석이라면 의회가 이미 있는 법을 다시 만들지는 않았을 것이다. 상기 살펴본 입증책임 완화는 사법 결정의 입법화가 이루어진 대표적인 예가 될 것이다.

법원리 활용 논증과 그 결과적 산출물인 법형성 판결의 의의에 관하여 검토할 때, 법원이 법의 변화에서 차지하는 역할을 간과할 수 없다. 법원은 법형성 판결을 산출함으로써 법의 실질적 변화를 가져온다. 법의 변화를 가져온다는 것을 보다 직접적으로 표현하자면 법원은 재판 규범을 창설하는 역할을 수행하고 있다.

사법입법(judicial law-making)의 존재, 법원이 ‘법을 만드는’ 역할을 한다는 것은 우려를 야기한다. 법원이 법규범을 창설 내지 법관의 법창조는 - 의회가 수행하고 있는 입법 활동과 비교할 때 당연히 그 규모와 수준에서 차별화되지만 - 민주적 대의기관(代議機關)인 의회와 비교할 때 그 정당성에 비판이 가해질 수 있기 때문이다.

또한 법원의 실질적 입법 작용에 있어 민주적 정당성에 관한 비판과 우려보다 더욱 일차적으로 접할 수 있는 반발은, 법원의 결정이 자명한

진리가 아니라 의식적 ‘선택’이라는 점일 것이다. 법원리를 활용한 정책적 결정이 법의 변화와 발전의 도상에서 담당하고 있는 기능에도 불구하고 우리가 그러한 결정에 거부감을 느끼는 이유는 사법 재량의 자의적 남용을 우려하기 때문이다. 우리는 법원에서 무엇이 법이라는 선언을 할 때 그러한 결정이 “그렇게 되도록 예정되어 있다”라는 답을 원한다. 하여 법원의 결정이 “어찌다가 우연히 그렇게 되었다”라는 답을 듣게 되는 것은 아닐까 하는 염려 때문이다. 구체적 현안에서 첨예하게 이해가 대립하는 당사자들이 법원의 결정을 보다 쉽게 수용하기 위해서는 해당 결정이 인력으로는 어쩔 수 없는 순수한 규범적 논리라는 사고방식이 결정의 수용에 편리하다.<sup>607)</sup>

그러나 하트(Hart)가 말하듯 대부분의 판결은 법관의 변덕과 주관에 휘둘리는 자의적 결정이라는 악몽(nightmare)과 법형식주의자들이 말하는 완벽한 객관적 정답이라는 이상향(ideal)의 중간지점에 위치한다. 법적 논증만으로는 법적 결정의 모든 내용을 산출할 수 없는 경우에도 법적 논증이 일차적인 판단 기준으로 작용한다. 법원에게 사법재량이 존재하지만, 또한 역으로 법적 논증은 법원이 결정을 내림에 있어서 그 선택 대안을 일정 테두리 내로 - 법적 논증에 붙이지 않는 결정은 제외하는 방식으로 - 한정하는 기능을 함으로써 자의적 판결을 통제하는 수단으로 기능할 수 있다. 극단적인 법현실주의와 같은 입장은 지양해야 하며, 법형성의 의의를 강조하는 과정에서 자칫 법적 논증의 엄밀함과 정교한 법해석의 중요성이 간과되는 어리석음은 없어야 할 것이다.

헌법의 기획에 의하여 설계된 사법부는 ‘의사결정’ 작업을 한다. 변화무쌍한 현실 문제에 대하여 규범적 판단을 내리고 ‘매듭’을 지어야 하는 사법기구가 순전한 법조문 해석기구(interpretation machine)로 기능하기만을 기대하는 것은 오히려 비현실적이라고 할 수 있다. 입법의 공백과 흠결은 법원의 의사결정을 요청한다. 법원의 결정을 통해 입법의 공백

---

607) 자연법이론이 가지는 설득력 역시 실정법의 ‘자의성’에 대항하는 ‘올바른 진리’라는 생각에서 비롯한다.

상태를 채우거나 실질적인 법의 변화를 만들어내는 경우가 상당하다.

입법부와 사법부의 의사 결정을 살필 때, 사법부의 의사결정은 입법부의 의사결정에 비하여 개별·구체적이고, 문제사안의 해결을 위하여 여러 제약에 구속된다는 점이 특징이다. 그러나 입법부와 사법부의 대조적인 특성을 부각시킬 수 있음에도 불구하고 양 기관 모두가 ‘의사결정 기구’라는 점에서는 공유하는 속성이 존재한다. 그러나 입법부와 사법부를 대조하는 경우 사법부의 조직적 역량과 결정방식이 제한되어 있음은 명백하지만, 단순히 이를 이유로 사법부의 법형성 기능을 전면적으로 부정하거나 법원의 법원리를 활용한 정책적 결정에 회의적인 시선을 던지는 입장에 높은 논리적 설득력을 부여하기는 어려울 것이다.

## 제2항 법원의 사법재량

사법재량은 법체계를 지속가능하고 사회적 실효성을 확보할 수 있게 만든다. 법의 사회적 정당성을 확보하는 것임과 동시에, 법체계의 실효성을 보장하는 방편이 된다.

사법재량은 법규범의 추상성·불확정성 구분에 의하여 좀 더 정확한 발동의 요건을 가늠할 수 있다. 법규범이 추상적일수록, 그 내용이 불확정적일수록 사법재량이 행사될 이유 및 실제적 가능성이 커진다.<sup>608)</sup> 또한 재량의 의미는 재량이 부여된 기관의 ‘목적’을 살펴봄으로써, 즉, 특정 기구에 재량이 부여된 이유를 검토함으로써 관찰할 수도 있다. 사법부에 재량이 부여된 이유는 법의 ‘확인’을 위해서이다. 사법재량은 법을 확인하고 선언하는 기구로서 사법재량의 ‘목적적 한계’가 존재한다고 할 수 있다. 의회의 입법재량, 행정부의 행정재량, 법원의 사법재량 중, 가장 신중하게 접근해야 하는 것이 사법재량(judicial discretion)이다. 법원의 본

---

608) Schauer, Thinking like a lawyer, p.190: “규칙-규준의 연속체는 재량의 행사를 관리함에 있어서 매우 유용한 도구가 된다(The rules-standards continuum (...) can be highly effective device for the management of discretion).”



질은 법을 확인하고 해석하는 기관이기 때문에, 입법부나 행정부에 비하여 재량의 폭이 협소하다.

불가피한 현실적 요청에 의하여 법형성 판결이 일어나지만, 법의 안정성과 예측가능성 및 수범자의 신뢰보호 역시 간과할 수 없는 문제가 된다. 이러한 점에서 사법재량이 인정받기 위해서는 문언주의적 해석방식을 중시함이 타당하다. 법관이 법률구속 원칙에 따라서 법문언을 최대한 충실하게 풀이하는 과정에서, 도저히 불가피한 법원리적 혹은 법정정책적 사고가 요청되는 경우 사법재량의 필요성과 의의를 인정받을 수 있다. 극단적인 법현실주의자들이 말하는 허무주의처럼, 사법재량은 법관의 자의에 의한 결정이 아니다. 오히려 법문언에 최대한 충실한 법관이 목적론적 한계를 지니는 사법재량을 행사하는 경우 그 사법재량의 의의와 정당성이 인정받을 수 있다.

사법재량이 작동되는 바람직한 방향은, 사법부의 법정책 결정을 통해서 일정한 내용의 판결이 내려지면 그에 관한 사회적 재평가와 논의를 통해서 의회입법 등의 방식을 통해서 보다 광범위한 사회적 합의가 반영된 규범이 성립되는 것이다. 즉, 사법부의 결정이 선행하고 의회입법이 후행하는 경우가 존재할 수는 있으나, 사법부의 결정이 선행하기만 그에 대한 의회입법 등 사회적 추인(追認) 반응이 결여되어서는 안 된다.

선행하는 사법입법과 후행하는 의회입법은 현실에서 드물지 않게 관찰되는 현상이기도 하지만, 법규범의 정당성 측면에서도 바람직한 일이기도 하다<sup>609)</sup>. 선행한 사법입법을 뒤따라 의회입법이 있었다는 것은, 의회입법으로 사법입법이 ‘추인(追認)’되었음을 의미한다. 사법입법의 내용이 그 특성상 실정법으로 규정하기가 지극히 어려운 것이 아닌 이상, 의회에서 사법입법과 유사한 내용 - 혹은 그와 비슷하되 좀 더 발전적인 내용 - 을 입법하지 않는다는 것은 해당 판례법에 대한 사회적 공감대와 합의가 조성되기 어렵다는 의미이다. 이러한 점에서 사법입법은 법원의

---

609) 제조물책임법, 산업재해 및 의료보건의 무과실책임 등 판례에서 먼저 법리가 형성되고 그에 반응하여 의회입법이 만들어진 예는 여러 경우가 있다.

사법재량 범위 내에서 인정될 수 있지만, 성문화하기 곤란한 내용의 몇몇 특수한 예외적 규범을 제외하고는, 의회 입법을 기다리는 ‘과도기적’ 성격을 지닌다고 정리할 수 있겠다.

### 제3항 법원의 논증책임

사회적 필요와 요청에 따른 사법재량의 적정한 행사는 법의 사회적 정당성을 확보함과 동시에, 공식적인 분쟁해결기구로서의 유효한 기능과 판단에 대한 사회 구성원들의 신뢰를 보장하는 방편이다. 또한 법원의 특정 판결이 사법재량의 행사임을 인정하는 것이 - 법원리에 의한 필연적 귀결이 아니라 법정정책적 고려에 의한 선택을 통해 법형성적 판결을 내렸음을 인정하는 것이 - 보다 엄격한 검증과 비판에 노출시키는 효과를 가져온다. 홈즈 판사가 지적한 것처럼 법관이 정책적 사고를 하는 본인의 책임을 인식하지 못한다면, 장엄한 법원리라는 이름의 외투 안에 자신의 주관적 선호를 감싸고 있을 가능성이 있다<sup>610</sup>).

법원의 정책적 판단에 관한 우려와 불편함을 쉽게 덜기는 힘들다. 법원의 정책적 판단 내지 사법입법(judicial law-making)이라는 표현보다 법의 정답(正答)을 찾는다는 표현을 선호하는 것은 그러한 불편함이 배경으로 작용한다. 하지만 그러한 불편함과 부담감으로 인해서 법원의 논증책임이 더욱 강화되는 효과가 있다고 본다. 법형성 판결이 정책적·종합적 판단 과정을 거친 결정이라고 하는 것이 오히려 더욱 치밀한 논리의 전개와 이익형량, 가치 판단을 요청하고 촉진할 가능성이 있다. 열린 비판의 투명함 아래에서 보다 체계 정합적이고 내실 있는 법리가 형성될 수 있다.

법원의 결정은 논증(reasoning)으로 정당화된다. 법원은 법의 해석에 관하여 권위적 결정을 내릴 수 있는 기관이나, 그 결정이 논증을 통한

---

610) Holmes, The path of the Law, 10 Harvard Law Review, 457, pp.467-468

정당화가 가능한 것이어야 수용될 수 있다. 법원의 논증은, 왜 그러한 판단이 내려졌는지 그 근거를 소명함으로써 해당 결정을 정당화하는 기능을 한다. 논증의 완결성을 위하여, 법원리에 근거한 판결이 실제로는 법정책적 판단이 그 배경이 되는 경우 이를 밝히는 것이 필요하다. 법정책적 접근에 의한 결정을 정당화하기 위하여 법원은 ‘사회의 정의관념’이나 ‘일반 국민의 법감정’이라는 표현 뒤에 숨겨왔던<sup>611)</sup> 판단 기준을 보다 가시적으로 드러내고 그 논리 구성에 더욱 많은 정신적 에너지를 투자할 것이다. 법원이 경우에 따라서 여러 요소를 고려한 종합적 판단을 한다는 접근방식은, 해당 경우에 있어서의 법원의 논증책임을 더욱 강화하여 보다 충실한 논증에 기여하게 된다.<sup>612)</sup> 법원의 정책적 결정은, 법적 논리의 엄정함에 의하여 반이 정당화될 수 있을 것이며, 정책적 고려가 이유로 작용된 부분의 정당화는 법원의 기능적 권한에 의하여 정당화될 수 있을 것이다. 엄정한 논리로 검증되어 절반의 정당성이 확보된 상태에서 사회적으로 수용 가능한 결정을 내려야 한다. 법원이 사법재량을 발휘하는 경우에도 완전한 자유와 재량이 허용되는 것은 아니다. 아무리 정책적 요소를 고려하여 판결을 내린다고 하더라도 최대한 법과 조화하고 합치하는 방식으로 판단이 이루어지며, 또한 그러하여야만 한다.

법원의 결정을 관찰하면서 발생하는 불편함을 덜 수 없기 때문에 그러한 현상이 존재하지 않는다고 부인하기보다는, 법원의 법형성 결정에 관한 불편을 일정한 수준 이하로 - 사회적으로 수용 가능한 수준 이하로 - 관리하기 위한 주의와 경계가 요청된다. 법원의 법형성 판결이 더욱 엄정한 논리적 사고와 공정한 정책적 판단을 거쳐야 함이 법 현실에 관한 바람직한 접근일 것이다. 법원이 정책적 판단을 하지 않는다는 - 비

611) 그간의 법형성 판결에서 법원이 비교적 솔직하게 판단 기준을 드러낸 것은 ‘사회의 변화’라든가 ‘재정적 부담’이 고려요소로서 활용되었음을 설명한 몇몇 판결의 경우이고, 그 외에는 대부분 모호한 추상적 언표에 머물고 있다

612) 법원의 정책적 결정은 정답을 단순히 ‘발견하는’ 과정과는 거리가 있다. 법명제로만 논거를 구성하지 않는 경우에는 법논리적 차원의 정당화는 일정한 한계가 존재한다고 볼 수 있다. 하지만 여전히 법형성 판결에 있어서 해석적 논증의 치밀함은 김혁기(2009)의 연구에서 말하는 것처럼 ‘제한된 정당화’가 가능하다.

록 지금까지는 정책적 판단을 한 적이 있다고 하더라도 최소한 앞으로는 하지 않을 것이라는 - 결론을 통해서 얻어지는 안도감이 법 현실을 있는 그대로 반영하거나 앞으로 가능한 미래상이라고 생각하기는 어렵다.

## 제4항 법원의 자제

법정책학은 법원이 더욱 탁월한 법적 판단을 내릴 수 있는 방안을 모색하는 학문이다. 그렇다면 법정책학적 관점에서 법원의 법형성 판결에 대해서 어떻게 접근할 수 있을까?

법적 결정은 당연히 주어지는 외부의 ‘사실’이 아니다. 법원의 판단은 당연히, 그리고 가장 우선적으로 법에 귀속되지만, 일정한 경우 법원은 ‘정책적’ 사고방식을 동원한 결정을 내리게 된다. 법원이 정책적 사고를 하는 경우 사회의 변화와 구체적 정의의 요청 등을 고려하여 판결을 산출하게 되며, 이는 법의 실질적 내용 구성이 변화됨을 의미한다.

법원리를 활용하는 정책적 논증은 법을 변화시키는 논증이다. 법관이 논증에서 법원리를 사용하는 경우, 그 순서는 법체계 내적 논증을 거친 다음 적합한 결론이 도출되지 않는다고 판단할 때이다. 따라서 이는 불안정(crisis) 상태에 적합한 논증이며, 법을 유지하는 법해석 논증이 법의 안정성(stasis)을 보장함에 반해서 빈도가 높아질수록 법적 안정성을 저해할 우려가 커진다. 법관의 법률기속 원칙을 생각할 때, 신의칙과 같은 법원리에 근거하여 실정법의 효력을 무력화하는 법형성 판결을 하는 경우가 통상적일 수는 없다.

법원리 논증이 빈번하면 법체계의 안정성과 예측가능성이 크게 흔들릴 수 있다. 더욱이 ‘일반 사회 통념과 건전한 상식’을 법원리를 통해서 빈번하게 정당화하는 것은 법원의 판결을 비판적 시각에서 바라보는 사람들에게 법원리가 흡사 요술 방망이(magic wand)처럼 사용되는 것으로 비춰질 우려가 있기에 법적 결정의 신뢰성을 위하여서도 법원리에 입각

한 법형성은 예외로 한정되어야 할 것이다.

다시 말해, 사법재량의 의의를 인정받기 위해서는 문언주의적 해석방식을 중시함이 타당하다. 법관이 법률구속 원칙에 따라서 법문언을 최대한 충실하게 풀이하는 과정에서, 도저히 불가피한 법원리적 혹은 법정책적 사고가 요청되는 경우 사법재량의 필요성과 의의를 인정받을 수 있다. 극단적 법현실주의자들의 허무주의처럼, 사법재량은 법관의 자의에 의한 결정이 아니다. 오히려 법문언에 최대한 충실한 법관이 목적론적 한계를 지니는 사법재량을 행사하는 경우 그 사법재량의 의의와 정당성이 인정받을 수 있다.

“문언은 문리해석의 중요한 기초일 뿐만 아니라 입법자의 의사, 법률의 목적, 법질서 내에서의 체계성 등 다른 해석방법의 핵심 요소들을 추론하는 요긴한 수단<sup>613)</sup>”이 된다. 법관의 법률 구속은 법적 논증의 순서가, 내적 논증에서 외적 논증으로 진행되어야 함을 의미한다. 따라서 법원리를 활용한 법형성 논증은 그 순위가 법률을 유지하는 법해석 논증에 우선되기는 어렵다. 법원리를 논증에서 사용하는 경우 그 순서는 - 법적 결정에서 법원리가 행사하는 지배적인 영향력과는 별개로 - 법해석 논증만으로는 합리적(reasonable) 판단이 달성될 수 없다고 여겨질 때의 예외적 활용으로 한정된다. 비록 중국적으로는 특정 판결이 외적 논증을 통하여 정책적 논거를 채택하는 법정책적 결정을 내린다고 하더라도, 법관이 문제사안을 해결하는 논증의 과정에서 곧바로 법원리를 먼저 판단의 기준으로 삼을 수는 없다.

613) 권영준, “민법학, 개인과 공동체, 그리고 법원”, 2015, pp.1450-1451

“그러나 민법의 해석이라고 하여 법률해석의 기본원칙을 뛰어넘을 수는 없다. 일반적으로 문언은 문리해석의 중요한 기초일 뿐만 아니라 입법자의 의사, 법률의 목적, 법질서 내에서의 체계성 등 다른 해석방법의 핵심 요소들을 추론하는 요긴한 수단이다. 입법자의 의사, 법률의 목적, 법질서 내에서의 체계성은 결국 문언으로 표현되기 때문이다. 그러한 점에서 문언은 법률해석의 여정에서 가장 확실한 안내자이다. 그 외에도 문언은 객관적이고 검증이 가능한 형태로 존재한다는 장점을 가진다. 따라서 문언에 기초하여 이루어지는 문리해석은 법적 안정성의 제고에 이바지한다. 무엇보다도 문언은 법률해석과 사실상 입법의 경계선을 그음으로써 권력분립원칙과 민주주의 원칙을 지켜내는 보루의 역할을 하기도 한다. 장구한 재판례의 축적으로 이루어진 민사법의 특징을 감안하더라도 법관이 정면으로 입법작용을 수행할 수는 없다. 그러므로 과연 민법 해석에서 문리 해석이 어떤 의미를 가지는가는 향후 깊이 고민할 대상이다.”

이 연구는 법원리 판결에서 드러나는 사법재량의 의의를 강조하고 있으나, 그러한 판결은 극히 예외적인 것으로 최소화해야 한다고 본다. 사회의 정치체계의 움직임으로 의회 등에서 법규범을 안정적으로 변경하는 것이 바람직하다. 또한 법원에서 활용하는 법원리는 점진적 과정을 통해 가급적 법규칙으로(성문법으로) 실정화되어야 한다. 법이 사회적 조정(co-ordination)이자 매듭으로서의 성격을 가지기 위해서는, 법의 내용이 공유 가능하고 확실성을 담보할 수 있는 것이어야 한다. 법체계는 사회체계 내에서 존재하고 작동하고 있기 때문에 법은 반드시 ‘사회적 사실’이어야 한다. 법을 사회적으로 확인 가능한 사실로 이해함에 있어서 확실성 및 신뢰가능성, 구성원들 간의 통유성(通有性)이 중요하다.

## 참 고 문 헌

### 단행본

#### 국내문헌

- 곽윤직·김재형, 『민법총칙』, 제9판, 박영사, 2013
- 권기현, 『정책분석론』, 박영사, 2010
- 김도균, 『법치주의의 기초: 역사와 이념』, 서울대학교 출판부, 2006
- 김도균 外 공저, 한국 『법질서와 법해석론』, 세창출판사, 2013
- 김성룡, 『법적논증론 : 발전사와 유형』, 준커뮤니케이션즈, 2007
- 김형배 外 공저, 『민법학강의』, 제7판, 신조사, 2007
- 김철, 『한국법학의 반성』, 한국학술정보, 2009
- 드워킨(Dworkin, Ronald) 著, 장영민 譯, 『법의 제국(Law's Empire)』, 아카넷, 2004
- 라렌츠·카나리스(Larenz, Canaris) 共著, 허일태, 『법학방법론(Emthodenlehre der Rechtswissenschaft)』, 세종출판사, 2000
- 로크, 존 著, 강정인·문지영 譯, 통치론: 시민 정부의 참된 기원, 범위 및 그 목적에 관한 시론, 까치, 1996
- 뮐러, 프레드리히, 홍성방 譯, 『법관법』, 유로서적, (2014)
- 박은정, 『자연법의 문제들』, 세창출판사, 2007
- 슈미트(Schmitt, Carl) 著, 김도균 譯, 『합법성과 정당성(Legalitaet und Legitimitaet)』, 도서출판 길, 2015
- 아감벤, 조르조 著, 김항 譯, 『예외상태』, 새물결, 2009
- 알렉시(Alexy, Robert) 著, 이준일 譯, 법의 개념과 효력, 고려대학교 출판부, 2007

- \_\_\_\_\_ 著, 이준일 譯, 기본권이론(Theorie der Grundrechte), 한길사, 2007
- \_\_\_\_\_ “법체계와 실천이성”, 「법철학과 사회철학」, 1993
- 엥기쉬(Engisch, Karl) 著, 안법영·윤재왕 역, 『법학방법론(Einführung in das uristische Denken)』, 세창출판사, 2011
- 양건, 법사회학, 아르케, 2004
- 오석락, 『환경소송의 제문제』, 삼영사, 1996
- 유종해·이덕로, 『현대조직관리』, 박영사, 2015
- 이시윤, 『신민사소송법』, 박영사, 2014
- 조홍식, 『사법통치의 정당성과 한계』, 박영사, 2009
- \_\_\_\_\_, 『판례 환경법』, 박영사, 2012
- 벨첼, 한스 著, 박은정 譯, 자연법과 실질적 정의, 삼영사, 2002
- 켈젠 한스 著, 심헌섭 譯, “자연법론과 법실증주의”, 「켈젠법이론선집」, 법문사, 1990
- 크렌슨·긴즈버그(Crenson & Ginsberg), 서복경 譯, "Downsizing Democracy"
- 호문혁, 『민사소송법(제10판)』, 법문사, 2013
- 홍준형, 『환경법특강』, 박영사, 2013
- 한국법정책학회, 『법정책학이란 무엇인가: 이론과 실제』, 삼영사 2015
- 양천수 엮음, 권리와 인권의 법철학, 한국법철학회, 세창출판사, 2013

## 국외문헌

- Alexander, Larry and Sherwin, Emily, 『Demystifying Legal Reasoning』, Cambridge University Press, (2008)
- Barak, Aharon, 『Purposive Interpretation in Law』, Princeton University Press, (2005)



- Bentham, "Trust versus Ashhurst in Bowring," vol. V. (1843)
- Bix, Brian, Law, Language, and Legal Determinacy, Oxford University Press (1993)
- \_\_\_\_\_, Philosophy of Law: Critical Concepts in Philosophy, Routedledge, (2006)
- Brooke, David, Jurisprudence, Chapter 4 『Common Law and Statute』 , (2012)
- Cardozo, Benjamin N., 『The Growth of the Law』 , Yale University Press, (1924)
- \_\_\_\_\_, 『The Nature of the Judicial Process』 , Yale University Press, (1921)
- Coleman, Jules J., The Practice of Principle, (1999)
- Chang(ed.), Ruth, 『Incommensurability, Incompatibility, and Practical Reason』 , Harvard University Press, (1997)
- Duxbury, Neil, 『Element of Legislation』 , Cambridge University Press, (2013)
- Dworkin, Ronald, 『Law's Empire』 , Harvard University Press, (1988)
- \_\_\_\_\_, 『Taking Rights Seriously』 , 7th edition, Harvard University Press, (1994)
- Easton, David, The Political system : an inquiry into the state of political science, New York : Knopf, 1971.
- Eisenberg, Melvin Aron, 『The nature of the Common Law』 , Harvard University Press, (1991)
- Eskridge Jr., William N., 『Dynamic Statutory Interpretation』 , Harvard University Press, (1994)
- Fletcher George P., 『Basic Concepts of Legal Thought』 , Oxford University Press. 1996.
- Goldstein, Laurence, 『Precedent in Law』 , Oxford Press, (1987)

- Hart, H.L.A., 『The Concept of Law』, 2nd edition, Clarendon Press, Oxford (1994)
- Holmes, Oliver, 『The Common Law』, Boston, (1881)
- Hume, David, 『A Treatise on Human Nature』, Cambridge University Press, (2009)
- Fuller, L. L., 『The Morality of Law』, Yale University Press (1969)
- Kelsen, Hans, 『General Theory of Norms』, translated by Michael Hartney, Oxford University Press, (1991)
- Kingdon, John, 『Agendas, Alternatives and Public Policies』, Boston: Brown, (1984)
- Lasswell, Harold D., "The Policy Orientation", in *The Policy Science*, pp.3-15, Standford University Press, (1951)
- Lucy, William, "Adjudication", in 『Jurisprudence and Philosophy of Law』 (Coleman, Jules and Shapiro, Scott, ed.), Oxford Univ. Press, (2002)
- Murphy, Jeffrie G. and Coleman, Jules L., 『Philosophy and the Private Law』, (1990)
- Nonet, P. and Selznick, P., 『Law and Society in Transition : Toward Responsive Law』, London, (1978)
- Postema, Gerald J., "Legal Philosophy in the 20th Century : The Common Law World," in 『A Treaties of Legal Philosophy and General Jurisprudence』 Vol. 11, (2011)
- Raz, Joseph, 『The Concept of a Legal System』, Oxford University Press, (1970)
- \_\_\_\_\_, 『The Authority of Law: Essays on Law and Morality』, Oxford University Press, (1979)
- \_\_\_\_\_, 『The Morality of Freedom』, Clarendon Press, (1986)
- Scalia, Antonin, "Common Law Courts in a Civil Law System: The

- Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws", in *A Matter of Interpretation*, (1997)
- Schauer, Frederick, 『Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning』, Harvard University Press, (2012)
- Sunstein, Cass. R., 『Legal Reasoning and Political Conflict』, Oxford University Press, 2nd ed. (2018)
- Simpson, 『The Ratio Decidendi of a Case and the Doctrine of Binding Precedent』, (1961)
- Taylor, Charles, "Language and Society", in Axel Honneth and Hans Joas, eds., *Communicative Action: Essays on Jurgen Habermas's "The theory of Communicative Action"*, MIT Press, (1991)
- Teubner, Gunther; translated by A. Bankowska and R. Adler, 『Law as an Autopoietic System』, Blackwell, 1993
- Vermeule, Adrian, 『Judging under Uncertainty: An institutional Theory of Legal Interpretation』, Cambridge, Mass: Harvard University Press, (2006)
- Warner, Richard, "Adjudication and Legal Reasoning", in Martin P. Golding and William A. Edmundson(eds.), 『Philosophy of Law and Legal Theory』, (2005)
- Weber, Max, 『Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology』, (1968)
- Weinreb, Lloyd L., "Legal Reasoning", Oxford Press, (2004)
- 平井宜雄, 『法定策學: 法制度設計の理論と技法』, 第2版, 有斐閣, (1999)
- 平井宜雄, 『現代法律學の課題, 社會科學への招待法律學』, 日本評論社, (1979)

## 논문

### 국내논문

- 강동욱, “법정책학의 기본문제: 법정책학의 의의와 과제”, 법과 정책연구, 제14권 제2호, pp. 259-289, (2014)
- 강일신, “정합적 법해석의 의미와 한계: 원리규범충돌의 해결이론 관점에서”, 법철학연구, 제17권 제1호, pp.225-248, (2014)
- 공두현, “사법판단 과정에 관한 연구 : 법적 판단과 법 변동의 구조”, 서울대학교 석사학위논문, (2013)
- 권영준, “불법행위법의 사상적 기초와 그 시사점”, 저스티스, pp. 73-107, (2009)
- , “민법학, 개인과 공동체, 그리고 법원”, 비교사법 제22권 제4호, pp. 1401-1478, (2015)
- 김도균, “법적 이익 형량의 구조와 정당화 문제”, 서울대학교 법학, 제48권제2호, pp. 31-115, (2007)
- , “칸트와 법치주의 : 법률, 법, 실천이성”, 철학사상 제24권, 서울대학교 철학사상연구소, pp. 35-80, (2007)
- , “우리 대법원 법해석론의 전환: Ronald Dworkin의 눈으로 읽기, 법의 통일성(Law's Integrity)를 향하여”, 법철학연구 제13권제1호, 한국법철학회, pp.95-138, (2010)
- 김도현, “사회학적 법개념에 관한 연구 : 구조 차원과 행위 차원의 법 이 중성”, 서울대학교 박사학위 논문, (1997)
- 김영환, “법학방법론의 이론적 체계와 실천적 의의 : 소위 GS 칼텍스 사건을 중심으로”, 한국법철학회, 법철학연구 제17권제3호, pp. 5-40, (2014)
- , “한국에서의 법학방법론의 문제점”, 한국법철학회, 법철학연구, pp. 133-166, (2015)

- 김혁기, “법의 불확정성 연구”, 서울대학교 법학박사 학위논문, (2009)
- , “법해석에 의한 모호성 제거의 불가능성”, 서울대학교 法學, 제 50권 제1호, pp. 123-152, (2009)
- , “법적 추론의 기능에 대한 고찰”, 법철학연구 제13권제1호, 한국 법철학회, pp.7-40, (2010)
- 김형석, “법발견에서 원리의 기능과 법학방법론 : 요제프 에셔의 원칙과 규범을 중심으로”, 법학 제57권 제1호, 서울대학교 법학연구소, pp. 1-59, (2016)
- 남복현, “법정책의 규율형태”, 법과 정책 연구, 제2권제1호, 한국법정책학회, pp. 103-138, (2002)
- 박영도, “입법학과 입법정책”, 법과 정책연구 제5집 제1호, pp. 11-34, (2005)
- 박은정, “법해석방법에서 본 헌법 제103조 법관의 독립과 양심”, 서울대학교 法學, 제57권 제2호, pp. 63-103, (2016)
- 박정훈, “환경법상 기본원칙들의 법이론적 분석: 법적 성격과 방법론적 기능을 중심으로”, 환경피해에 대한 권리구제를 위한 법리와 법 정책·제도 연구, 서울대학교 환경·에너지법정책 센터 정책보고서, pp. 222-231, (2010)
- 박종희·윤재왕, “판례의 법형성적 기능과 한계 : 서울행정법원 2012.11.01. 선고 2011구합20239, 2011구합26770 판결(병합)에 대한 비판적 검토”, 고려법학, 제70호, pp. 191-239, (2013)
- 박 철, “법률의 문언을 넘은 해석과 법률의 문언에 반하는 해석”, 법철학 연구 제6권제1호, 한국법철학회, pp.185-236, (2003)
- 변종필, “법규칙과 법원리 구별의 유용성과 한계”, 강원법학 34, 강원대학교 비교법학연구소, pp. 295-324, (2011)
- 심헌섭, “법 획득방법의 기본구조에서 본 법학과 법실무”, 서울대학교 법학, 제23권 제1호, pp. 35-45, (1982)
- 안성조, “법적 불확정성과 법의 지배”, 법철학연구 제10권제2호, 한국법

- 철학회, pp. 6-114, (2007)
- 안준홍, “비실증주의 법원리론 비판”, 서울대학교 법학박사 학위논문 (2008)
- \_\_\_\_\_, “법규칙과 법원리를 질적으로 구별할 가능성에 대한 비판적 고찰”, 법철학연구, 제11권제2호, 한국법철학회, pp. 427-450, (2008)
- \_\_\_\_\_, “형식적 법체계모델과 실질적 법체계모델”. 외법논집 제34권제4호, 한국외국어대학교 법학연구소, pp. 275-290, (2010)
- \_\_\_\_\_, “승인 규칙의 규범성에 대한 일 고찰”, 법철학연구, 2016권 제3호, pp.69-96, (2013)
- 양천수, “새로운 법진화론의 가능성”, 법철학연구, 제15권 제2호, 한국법철학회, pp.163-202, (2012)
- 오세혁, “규범충돌 및 그 해소에 관한 연구: 규범체계의 통일성을 중심으로”, 서울대학교 박사학위논문, (2002)
- \_\_\_\_\_, “관습법의 현대적 의미”, 법철학연구 제9권제2호, 한국법철학회, pp. 145-176, (2006)
- 이계일, “판결의 법산출성을 강조하는 법이론의 입장에서 본 법관법: 에쎄, 피켄처, 밀러를 중심으로”, 한국법철학회, 법철학연구, 제19권 제3호, pp.5-44, (2016)
- 이동민, “영미법상 판례변경의 법리: 법원칙 모델을 중심으로”, 서울대학교 법학박사 학위논문, (2012)
- 이동진, “위험영역설과 증거법적 보증책임: 증명책임 전화의 기초와 한계”. 저스티스 제138호, pp. 167-203, (2013)
- 이상영, “벤담의 Common Law 체계에 대한 비판과 입법론 구상에 대한 연구”, 서울대학교 법학, 제49권제3호, pp.1-39, (2008)
- 이상윤, “미국 제정법 해석에서의 신문언주의 방법론에 관한 고찰: John F. Manning 의 법이론을 중심으로”, 서울대학교 법학석사 학위논문, (2016)
- 이호용, “법해석과 법정책의 관계”, 저스티스 통권 제145호, pp. 223-252,

- (2014)
- 이회창, “사법의 적극주의”, 서울대학교 법학 제28권 제2호, pp. 147-161, (1987)
- 전경운, “환경소송에서 인과관계의 입증에 관한 소고”, 환경법연구 제32권, 환경법학회, pp. 63-96, (2010)
- 조은래, “환경소송상의 입증문제에 대한 소고”, 환경법연구 제28권, 환경법학회, pp. 329-358, (2006)
- 조홍식, “리스크 법: 리스크관리체계로서의 환경법”, 서울대학교 법학 제43권 제4호, pp. 27-128, (2002)
- \_\_\_\_\_, “법에서의 가치와 가치판단”, 서울대학교 법학 제48권 제1호, pp. 160-203, (2007)
- \_\_\_\_\_, “환경법의 해석과 자유민주주의”, 서울대학교 법학 제51권 제1호, pp. 241-288, (2010)
- \_\_\_\_\_, “환경분쟁조정제도의 법정책: 라즈의 권위의 이론에 의존하여”, 서울대학교 법학 제52권 제3호, pp. 121-159, (2011)
- \_\_\_\_\_, “소급적 환경책임의 위헌성: 2010헌가77 토양환경보전법 제10조의3 제1항 등 위헌제청사건을 글감으로 하여”, 사법, 통권 제26호, pp.141-245, (2013)
- 최대권, “법적 결정과 사회과학: 과외금지조치 위헌결정을 중심으로”, 법학, 서울대학교 법학연구소, 제41권 제3호, pp. 41-73, (2000)
- 최봉철, “법실증주의와 그 재판이론”, 법철학연구 제14권 제3호, 한국법철학회, pp.7-44, (2011)
- 최송화, “법과 정책에 관한 연구 : 시론적 고찰”, 법학 제26권 제4호, 서울대학교 법학연구소, pp. 81-95, (1985)
- 하재홍, “법적 논증의 기초 : 대법원 판결과 페렐만의 신수사학”, 법철학연구 제13권 제2호, 한국법철학회, pp. 59-98, (2010)
- 허성욱, “정치와 법: 법원의 법률해석 기능에 대한 실증적 고찰에 관하여”, 서울대학교 법학 제46권 제2호, pp. 344~376, (2005)

- \_\_\_\_\_, “행정재량에 대한 사법심사기준에 관한 소고: 미국 행정법상 쉐브론 원칙과 해석규범의 기능과 상호관계를 중심으로”, 공법연구 제41집 제3호, 한국공법학회, pp. 527-551, (2013)
- 홍준형, “법정책학의 의의와 과제: 법정책학의 탐색을 위한 시론”, 행정법연구 제6호, pp. 119-139, (2000)
- \_\_\_\_\_, “정책수단에 대한 법적 접근”, 행정논총 제47권 제1호, pp. 1-20, (2009)

## 국외논문

- Bix, Brian, "H.L.A. Hart and the 'Open Texture' of Language", Law and Philosophy 51 (1991)
- \_\_\_\_\_, "Can Theories of Meaning and Reference Solve the Problem of Legal Determinacy?", Ratio Juris, Vol. 16, No. 3. (2003)
- Cramton, R. C., "Judicial Law Making and Administration", Public Administration Review, Vol. 36, No. 5, Special Bicentennial Issue, pp. 551-555, (1976)
- Feteris, Eveline, "A Survey of 25 Years of Research on Legal Argumentation", Argumentation 11, (1997)
- Gershowitz, Adam M., "Raise the Proof: A Default Rule for Indigent Defense" Connecticut Law Review Vol. 40, No.1, (2007)
- Gould, Stephen Jay and Eldredge, Niles, "Equilibria: an alternative to phyletic gradualism", Models in Paleobiology, pp.82-115 (1992)
- Greenawalt, Kent, "Discretion and Judicial Decision: The Elusive Quest for the Fetters That Bind Judges", Columbia Law Review, Vol. 75, No. 2, pp.359-399, (1975)



- Hart, H.L.A., "Positivism and the Separation of Law and Morals",  
Harvard Law Review Vol. 71, No.4, pp.593-629, February  
(1958)
- Hathaway, Oona A., "Path Dependence in the Law: The Course and  
Pattern of Legal Change in a Common Law System" (2003),  
Yale Law School Legal Scholarship Repository, John M. Olin  
Center for Studies in Law, Economics, and Public Policy  
Working Papers. Paper 270.
- Holmes, O. W., "The Path of the Law(address delivered on January 8,  
1897)", Harvard Law Review, Vol.110, No. 991, (1997)
- Kress, Ken, "Legal Indeterminacy", 77 California Law Review 283,  
(1989).
- Ladur, Karl Heinz, "The Theory of Autopoiesis as an Approach to a  
Better Understanding of Post-modern Law: From the  
Hierarchy of Norms to the heterarchy of Changing Patterns",  
European University Institute Working Paper Law No.99/3,  
(1999)
- Monahan, John and Walker, Laurens, "Social Authority: Obtaining,  
Evaluating, and Establishing Social Science in Law,"  
University of Pennsylvania Law Review, Vol. 134, (1986)
- Postema, Gerald J., "Coordination and Convention at the Foundations  
of Law," Legal Studies, vol. 11, (1982)
- Raz, "Legal Principles and the Limits of Law," 13 Yale Law Journal,  
Vol. 81(5), pp.823-854, (1972)
- , "The Relevance of Coherence," Boston University Law  
Review 72, (1992)
- Ruhl, J.B., "Law's Complexity," Georgia State University Law  
Review, Vol. 24:4, (2008)

- Schauer, Frederick, "Do Cases Make Bad Law?", *The University of Chicago Law Review* (2006)
- Sunstein, Cass, "On Analogical Reasoning," *Harvard Law Review* 741, (1993)
- \_\_\_\_\_, "Incommensurability and Valuation in Law," in *Free Market and Social Justice* 70, Oxford University Press, (1997)
- Waldron, Jeremy, "Theoretical Foundations of Liberalism", *The Philosophical Quarterly*, Vol. 37, No. 147, (1987), pp. 127-150
- \_\_\_\_\_, "Normative (or Ethical) Positivism", Coleman (ed.), *Hart's Postscript*, Oxford University Press, (2001)
- Wright, Richard W., "Liability for Possible Wrongs: Causation, Statistical Probability, and the Burden of Proof" Working Paper in Symposium, *The Frontier of Tort Law*, (2008)

## 판례 색인

- 대법원 1965. 8. 31. 선고, 65다1156 판결(조리에 근거한 판결)
- 대법원 1978. 4. 25. 선고, 78도246 판결(‘벌금’ 감경 해석)
- 대법원 1984. 6. 12. 선고, 81다558 판결(김양식장 사건)
- 서울지법 88가합2897 판결(연탄공장 진폐증 사건)
- 대법원 1994. 12. 20. 선고, 94모32 전원합의체판결(실화사건)
- 대법원 1995. 2. 10. 선고, 93다52402 판결
- 대법원 1997. 3. 20. 선고 96누1382 전원합의체 판결(개발부담금)
- 대법원 1998. 4. 23. 선고, 95다36466 전원합의체 판결(어음)
- 대법원 1999. 8. 19. 선고 99다23383 전원합의체 판결(어음)
- 대법원 1999. 8. 19. 선고 98두1857판결
- 대법원 2000. 5. 16. 선고 99다47129
- 대법원 2000. 8. 22. 선고 99다62609, 99다62616(신의칙)
- 대법원 2001. 4. 24. 선고, 2000다57856 판결(국가배상책임)
- 대법원 2002. 3. 15. 선고, 2000다13856 판결(신의칙)
- 대법원 2002. 5. 17. 선고, 2000다22607(국가배상법)
- 대법원 2003. 8. 22. 선고, 2003다19961 판결(신의칙)
- 대법원 2003. 7. 24. 선고, 2001다48781 판결(상속회복청구권)
- 헌법재판소 2003. 7. 24. 선고, 2002헌바41 결정(학교보건법)
- 대법원 2005. 5. 13. 선고, 2004다71881 판결(신의칙과 소멸시효)
- 대법원 2005. 6. 10. 선고, 2002다53995 판결(신의칙과 소멸시효)
- 대법원 2005. 7. 28. 선고, 2005다23858 판결(보험금)
- 서울고등법원 2006. 1. 26. 선고, 2002나32662 판결(베트남戰 고엽제 손  
해배상청구)
- 대법원 2006. 1. 27. 선고, 2004다29736 판결(근로자의 판단기준)
- 대전고등법원 2006. 11. 1. 선고, 2006나1846 판결(아름다운 판결)
- 대법원 2007. 9. 28. 선고, 2000다22607(산업재해보상)

- 대법원 2008. 5. 29. 선고, 2004다33469 판결(소멸시효)
- 대법원 2009. 7. 23. 선고, 2009재다516 판결
- 대법원 2009. 4. 23. 선고, 2006다81035 판결(건물명도)
- 대법원 2009. 9. 10. 선고, 2009다3725 판결
- 대법원 2010. 3. 11. 선고, 2009다82244 판결
- 대법원 2010. 5. 27. 선고, 2009다44327 판결(소멸시효)
- 대법원 2013. 1. 17. 선고, 2011다83431 판결(토지 대부료 산정)
- 대법원 2013.7.12. 선고, 2006다17539 판결(베트남戰 고엽제)
- 대법원 2013.12.18. 선고, 2012다89399 전원합의체 판결(통상임금)
- 대법원 2017.8.29. 선고, 2015두3867 판결(LCD공장 산업재해)
- 대법원 2017. 9. 21. 선고, 2017두47878 판결(공무상 질병의 인과관계)
- 헌법재판소 2018. 8. 30. 선고, 2014헌바 148 전원재판부 결정(소멸시효  
기산점에 관한 민법 제166조제1항 위헌소송)

## Abstract

# Understanding Legal Principles as the Deus Ex Machina in Judicial Law-making

Boram Hong

School of Law

The Graduate School

Seoul National University

The focus of this paper is the roles and functions of legal principles in judicial law-making. We observe the decisions of the court all the time, but the legal reason behind them is not always obvious. When the answer is not self-evident, we wonder how these legal decisions are brought forth. How can this observation be fitted into a satisfactory understanding?

Cases and controversies trigger the legal decision-making process. The self-evident answer to the legal question is hardly to be grasped, partially due to legal indeterminacy, and partially due to the need for tangible justice; maybe they are against the procrustean application of rules, or they might want to avoid producing absurd results. In these cases, the legal decision does not guarantee to equate the meaning of “the right answer,” because the

court has to choose amongst a number of competing alternatives. The notion that the reason would speak for itself would not be viable in reality.

Whichever answer the court may choose, the legal decision has to be supported by legal reasoning. This paper defines “legal reasoning” as the way of providing reasons for the judicial decision-making process, and hence, emphasizes that legal reasoning means more than legal interpretation. To cope with various legal problems, the court takes into account social policies, economic considerations, consequential effects of certain alternatives, etc. Hard cases typically illustrate the efforts required from the judge. Thus, legal reasoning cannot be confined to the deductive reasoning of syllogism, in which legal rules can be applied to cases by using subsumption. In hard cases, judges adopt inductive methods rather than syllogistic methods.

Moreover, in the toughest cases, the court sometimes formulates premises by using general legal principles. This kind of legal reasoning can be called policy-oriented reasoning, because it has the objective and it seeks the best possible way of getting there. When the court cannot present the obvious answer by means of legal interpretation, policy-oriented reasoning provides convincing solutions for these controversies. When the court rejects claims by labeling them immaterial, irrelevant, or inconsequential, it reveals that the court ruling was actually based on policy-oriented reasoning.

Scholars like Dworkin argued that the judge struggling with the herculean task of legal reasoning should adopt the argument of principle other than the argument of policy for the right answer. However, even the strenuous efforts put into the twelve labors of Hercules would not guarantee “the right answer,” because of the very nature of legal principles. Being intrinsically indeterminate and highly abstract, legal principles can be very effective for policy-oriented reasoning. Policy-oriented reasoning solves a considerable number of cases which are nominally ruled by legal principles.

Taking heed of the fallacy of bifurcation of legal principles and legal rules, it should be noted that there definitely exists a wide range of legal norms in between the two extremes. Still, it is necessary to recognize the availability of legal principles in hard cases. With malleable legal principles, the court can achieve justice, equity and so on. By weighing and balancing legal principles, policies are taken into the legal system. Legal principles anoint non-legal standards with legality, and once non-legal standards are now partaking in the legal decision-making process.

To discuss this, this study explored various tort cases - especially toxic torts and environmental liability - and found that prominent new legal principles concerning environmental risks like the “polluter-pays-principle” and “precautionary principle” originate from legal policies.

Nevertheless, legal principle and legal policies cannot be identical, for the legal principles are related to people’s fundamental rights, and thus cannot freely become the objects of alteration or modification, unlike policies. However, understanding the significance of legal policies and legal principles in judicial decision-making might provide opportunities to have a glimpse of the legal system at work.

The noteworthy characteristic of policy-oriented reasoning is that the court hardly say it resorts to legal policies, because it could lead to criticism of judicial law-making and it might raise questions of arbitrary judgement. The notions of legal policy and judicial discretion may make some people anxious regarding the rule of law, objectivity, and impartiality in court decisions. Furthermore, the court lacks democratic legitimacy and political responsibility, and public engagement in the judicial law-making process is not possible. Being apprehensive about the misuse of judicial discretion, they support “what is destined to be(the right answer)” rather than “what happens to be.”

Judicial discretion, however, may increase the professional duty of the

court when it embraces the burden of legal reasoning. Judicial discretion carries professional duty with it, and acknowledging it mitigates personal bias and preference. The question of legitimacy and justification can be best dealt with by the scrutiny of legal reasoning. By acknowledging their duty of legal reasoning, judges would put in their best efforts to achieve justice, and legal decisions would be more likely to be accepted. The judge would be constantly reminded of their status and duty, and the court would uphold its roles and institutional functions. Facing criticism and carrying the burden of reasoning is essential to facilitate the growth of law and to comprehend legal decisions accurately.

In addition, another significance of the legal decisions grounded on legal principles is that the legal system would be an open and adaptive one. By being cognizant of the changes in normative standards and social criteria, the court - at least, the highest tribunal - could introduce new legal norms into the legal system by recognizing them in cases. Then, with those decisions, the legal system would not be the same system it was before the ruling. With these discernible changes in substantial norms, the legal system would then sustain its vitality and also validity in the social system. By recognizing new norms, the legal system could become dynamic and adapt to the surrounding social environments, and the law would be deemed as the indicator of social justice. Thence, the concept of discontinuous changes and the periods in between could be translated into “crisis and stasis.”

**keywords : legal principle, legal policy, legal system, judicial discretion, judicial law-making**

***Student Number : 2014-30429***



法學博士 學位論文

법원리를 활용한 판결에 관한  
법정책적 분석

- 법원리와 사법재량의 관계 연구 -

Understanding Legal Principles  
as the Deus Ex Machina  
in Judicial Law-making

2019년 8월

서울대학교 대학원

법 학 과

홍 보 람

# 법원리를 활용한 판결에 관한 법정책적 분석

- 법원리와 사법재량의 관계 연구 -

指導教授 조 홍 식

이 논문을 法學博士 學位論文으로 제출함

2019년 4월

서울대학교 대학원

법 학 과

홍 보 람

홍보람의 博士 學位論文을 인준함

2019년 6월

위 원 장     김 도 균     (인)

부위원장     이 재 협     (인)

위     원     허 성 욱     (인)

위     원     안 준 홍     (인)

위     원     조 홍 식     (인)

## 국문초록

이 논문의 주제는 법원리를 활용한 법형성 판결의 의의와 기능이다. 본 연구는 법원리를 논증 과정에서 활용한 법형성 판결이 법원리를 거명하지만 실제로는 법정책적 성격을 지니고 있음을 분석한다. 또한 그러한 판결은 판례법을 축조하는 규범 창설적 의의를 지님으로써 법체계 -보다 정확히 표현하면 실정법으로 구성된 법체계-에 일정한 영향을 미친다는 것을 연구한다.

‘법원리(legal principle)’는 일반·추상성이 두드러지는 법규범으로서, 규범의 일반성에 반비례하여 규범적 밀도(density)는 매우 낮은, 다시 말해 내용적으로 ‘성긴’ 규범이다. 법의 변화를 가져오는 논증 과정에서는 ‘법원리’는 일정한 기능을 담당한다. 법원리의 추상적·불확정적인 내용을 문제사안 해결에 가장 적합한 ‘확정적 지시’로 변환하는 과정에서 법원은 재량을 발휘하게 된다. 법원은 법원리에 입각한 논증을 전개하면서 사법재량의 행사를 일정 부분 가능하게 함으로써 사안규범을 형성하는 판결을 산출한다.

문제사안에 적용할 법명제가 없으면 법원은 법원리에 기해 적합한 내용을 새로이 생성하기도 하고, 혹은 사안과 관련하여 법명제가 구비되어 있음에도 -그에 따른 법적 효과를 발동시킬 법적 ‘요건’에 부합함에도 불구하고 해당 법규칙을 적용하여 발생하는 결과가 합당하지 못하다고 판단되는 경우에는- 해당 법규칙에 따른 법적 효력이 발생하는 것을 저지하기 위하여 법원리를 활용한다. 이는 사안과 관련된 기존 실정법의 효력을 제한하거나 정지시키는 사안규범 생성을 위해서 법원리가 동원되는 경우이다. 또한, 경합하는 판단 규범이 존재하는 문제사안에서 법원은 법원리를 활용하여 현출한 새로운 규범이 판단 논거로서의 활용될 수 있도록 법체계의 위계와 질서를 강조함으로써 그 우선적 순위를 보증한다. 사안에 적합한 구체적 정의를 구현하려는 법원의 노력은 사회 문제에 관한 대응책으로서 법형성 판결을 산출하고 실질적인 법의 변화를 가져온다.

이와 같이 법원이 논증에서 법원리를 적극적으로 활용한 판결을 산출하는 경우, 이는 협의(狹義)의 법해석이 아니라 판결을 통해 법리를 생성하고 사안 규범을 창설하는 법형성에 해당하는 경우가 많다. 법원은 제반 사항을 종합적으로 고려한 정책적 결정을 산출하면서, 건전한 사회질서 혹은 신의칙 등의 일반·추상적인 법원리를 거명하며 결정을 내린다.

이 경우 판결에 등장하는 ‘법원리’는 실정법 내부의 규범자원이 아니라 외부의 기준을 법적 판단의 근거로서 사용하기 위한 기제가 된다. 이는 법원리가 법체계 외부의 예비규범 자원을 법적 판단을 위한 논거로서 유입·사용하기 위한 매개체로서 일정한 기능을 수행한다는 점, 다시 말해 실정법체계 외부에 있는 예비규범 자원을 유입하는 매개 통로로서 법원리가 활용됨을 말해준다. 법원이 법원리를 매개로 하여 실정법체계 외부의 예비규범 자원을 판례법으로 유입하는 현상은 법체계의 구동(驅動)에 관한 일별을 가능하게 해준다. 이러한 관점에서 볼 때, 법원리는 정책적 논거로서의 속성을 지니며, 실정법체계 내부와 외부의 사회 환경을 잇는 교량 역할을 한다.

또한 법원리는 법원의 판결을 통해서 규범의 실질적 변화가 유발되는 역동성을 제공한다. 법원의 결정을 통해서 우리사회에서 실제 작용하는 법은 그 구성이 더욱 풍부해지거나 새로운 내용이 더해진다. 법원리에 입각하여 규범적 의미를 생성하는 법형성 판결은 필연적으로 ‘법의 변화’를 수반한다. 그러한 판결을 분기점으로 하여 해당 판결 이후의 법은 그 내용구성 및 실질적 총화(總和)에 있어서 그 판결 이전의 법과는 다른 것으로 변화한다. 법원리 논증을 활용한 판결은 법체계와 주변 여건의 교류를 가능하게 한다. 이는 법체계가 안을 향하여 내부적으로 닫혀 있는 체계가 아니라, 주변의 외부 환경을 향해 열려 있는 개방형·적응형 법체계임을 알려준다.

불법행위 판결을 비롯하여 법원이 그간 다룬 여러 분쟁 사안에서 논증 과정에서 법원리가 활용함으로써 실정법체계의 구성이 변화하는 동태적 모습이 관찰된다. 실정법체계의 경계 밖에 외재하는 자원을 유입하는 법원리의 기능은 우리나라 대법원이 내린 불법행위 손해배상청구 판결(소멸시효, 입증책임 등)에서 관찰되는 논변 구성을 분석함으로써 확인 가

능하다. 해당 판결들에서 법원은 법원리를, 사회적 정의 요청과 범규범을 간격을 좁히기 위하여 법체계 내부와 법체계 외부의 환경을 ‘매개’하는 기제로 삼아 현행법을 보완·변경하는 방식으로 새로운 법리를 생성한다.

이는 법원이 행하는 논증의 방식에 따라 우리가 관찰하는 법체계의 양상이 달라질 수 있음을 의미한다. 법체계의 관점에서 관찰할 때 법적 논증의 양상에 따라 크게 두 가지로 구분 가능하다. 협의의 법해석 논증을 통해서 정립(定立)된 기존 법리가 반복·확대·재생산되는 안정의 단계(stasis)와, 변화의 필요성으로 인하여 기존의 법 논리가 문제의 적용 영역에서 배제되거나 파기되고 새로운 내용의 결정이 형성되는 변화의 단계(crisis)로 이루어져 있다. 변화의 단계에서 법원은 판결을 통해 실질적인 법의 내용을 변화 내지 변경한다.

그런데 이러한 과정을 통해 법원이 현행 실정법에 대한 비판과 보완의 과정으로서 실질적인 범규범의 형성과 변화, 사법입법을 수행(judicial law-making)한다. 법원의 사법입법은 구체적 타당성 측면에서 환영받으나, 수범자의 예측가능성 및 법적 안정성의 측면에서 비판을 받는다.

이 경우 사법재량의 적합한 범위 및 한계에 관한 논의, 선출되지 않은 권력인 법원이 내리는 결정의 정당성에 관한 질문이 수반된다. 또한 이는 판례법의 실효성 근거에 관한 질문이기도 하다. 법원리에 기반한 법형성적 판단이 법체계의 개방성을 확보하고 그를 통해 사회적 지지와 실효성을 얻는 장점이 있으나, 이를 무분별하게 허용할 수는 없다. 극히 예외적인 경우에 한하여 실정법을 변경하여야 하며, 그러한 신중한 자세를 통해서 법의 핵심적 속성, 즉 법적 안정성과 예측가능성 및 신뢰성이 보호될 수 있기 때문이다. 하지만 법원리에 입각한 법원의 의미 생성적 결정은 사회체계 내에 위치한 법체계의 지속가능성과 내용적 건전성을 보증하는 장치로서 기능할 수 있다. 변화무쌍한 현실의 문제에 대하여 일정한 규범적 판단을 내리고 요청되는 ‘매듭’을 지어야 하는 사법기구가 순전한 법조문 해석기계로 기능하기만을 기대하는 것은 오히려 비현실적이라고 할 수 있다.

법원리에 입각한 법형성 판결을 하는 경우 이는 최대한 신중한 방식으로 접근되어야만 하며, 불가피한 필요를 인식한 연후에 최후의 선택수단

으로서만 인정되어야 할 것임은 자명하다. 사법재량의 의의가 인정받기 위해서는 문언주의적 해석방식을 중시함이 타당하다. 법문언에 최대한 충실한 법관이 목적론적 한계를 지니는 사법재량을 행사하는 경우 그 사법재량의 의의와 정당성이 인정받을 수 있다.

또한 사법재량이 작동되는 바람직한 방향은, 사법부의 법정책 결정을 통해서 일정한 내용의 판결이 내려지면 그에 관한 사회적 재평가와 논의를 통해서 의회입법 등의 방식을 통해서 보다 광범위한 사회적 합의가 반영된 규범이 성립되는 것이다. 즉, 익숙한 통상의 관념처럼 의회입법이 선행하고 사법부의 결정이 후행하는 방식 외에 사법부의 결정이 선행하고 의회입법이 후행하는 경우가 존재할 수는 있으나, 사법부의 결정이 선행하기만 하고 그에 대한 의회입법 등 사회적 반응이 결여되어서는 안 된다.

**주요어 :** 법원리, 법정책, 법적 논증, 법체계, 사법재량, 사법입법

**학 번 :** 2014-30429

# 목 차

제 1 장 서 론 .....	1
제 1 절 연구의 목적 .....	1
제 2 절 연구의 대상 .....	4
제 3 절 연구의 특성 .....	8
제 4 절 연구의 구성 .....	13
 제 2 장 법체계와 법원리 .....	27
제 1 절 법체계와 법의 개념 .....	27
제1항 법체계의 구성 .....	27
제2항 법의 개념 .....	36
제3항 법과 가치 연관 .....	50
제 2 절 법체계의 개방성과 정책적 사고 .....	60
제1항 법체계의 개방성 .....	60
제2항 현행법 비판과 법의 변화방식 .....	68
제 3 절 법원리의 의미와 특성 .....	77
제1항 법원리의 의미 .....	77
제2항 법원리의 자리매김 .....	86
 제 3 장 법적 논증과 사법재량 .....	95
제 1 절 법 획득을 위한 논증작업 .....	95
제1항 법원의 결정과 논증의 의의 .....	95
제2항 논증의 구분 .....	107
제 2 절 법원의 논증과 사법재량 .....	126
제1항 법문언의 가변성 .....	126
제2항 형식과 실질의 긴장 .....	132

<b>제 4 장</b>	<b>법정책 판결과 법원의 기능</b>	<b>145</b>
제 1 절	법정책적 사고와 법형성 판결	145
제1항	법정책적 판결과 법형성	145
제2항	법형성 판결의 의의	149
제3항	정책적 목적과 법해석	158
제 2 절	법과 정책	167
제1항	법과 정책	167
제2항	자연법의 정책적 사고	179
제3항	법원리와 법정책의 관계	184
제 3 절	법원의 정책적 판단	194
제1항	법형성 판결에 대한 평가	194
제2항	판례에 등장하는 ‘법형성’의 의미	205
제 4 절	법원의 기능	213
제1항	법원의 기능과 역할	213
제2항	법원의 의사결정	217
제3항	법원의 헌법적 수권영역	223
<b>제 5 장</b>	<b>법원리를 활용한 논증</b>	<b>229</b>
제 1 절	Deus Ex Machina	229
제1항	법원리의 추상성과 내용 충전	229
제2항	판결에 등장하는 법원리의 실제	235
제 2 절	법원리를 활용한 논증	248
제1항	라즈의 법원리 기능 분류	248
제2항	법변경의 근거로서의 법원리	250
제3항	특정한 예외로서의 법원리	253
제4항	새로운 규칙을 만드는 법원리	263
제 3 절	법원리의 기능과 작용	267
제1항	제어적(Negative) 방식	267
제2항	생성적(Positive) 방식	272
제3항	법원리 논증의 의의	278



제 6 장	법원리를 활용한 사법입법 분석 .....	280
제 1 절	관례법의 정립과 사법입법 .....	280
제1항	환경법의 원리와 정책적 목표 .....	280
제2항	환경 관례법의 정립 .....	284
제3항	사법입법의 영향력 .....	300
제 2 절	법원리와 법체계의 환경적응 .....	311
제1항	법체계의 환경적응 .....	311
제2항	법체계의 구동과 승인 .....	323
제 7 장	결론 .....	332
제 1 절	연구의 요약 .....	332
제 2 절	연구의 시사점 .....	337
참고문헌	.....	346
Abstract	.....	360

## 표 목 차

[표 2-1]	.....	31
[표 2-2]	.....	67
[표 2-1]	.....	73
[표 3-1]	.....	81
[표 3-2]	.....	119
[표 3-3]	.....	134
[표 4-1]	.....	185
[표 4-2]	.....	187
[표 5-1]	.....	274
[표 6-1]	.....	316

## 그림 목 차

[그림 1-1]	.....	16
[그림 1-2]	.....	18
[그림 1-3]	.....	21
[그림 1-4]	.....	25
[그림 1-5]	.....	26
[그림 2-1]	.....	29
[그림 2-2]	.....	33
[그림 2-3]	.....	40
[그림 2-4]	.....	45
[그림 3-1]	.....	103
[그림 3-2]	.....	106
[그림 4-1]	.....	193
[그림 4-2]	.....	224
[그림 5-1]	.....	278
[그림 6-1]	.....	307
[그림 6-2]	.....	315
[그림 6-3]	.....	319



# 제 1 장 서 론

## 제 1 절 연구의 목적

### 제1항 현행법에 대한 비판과 보완

본 연구는 법원리가 논증에서 어떠한 기능을 수행하는지에 관한 것을 주된 관심사로 한다. 법원리의 ‘기능’에 대한 관심의 출발점은 현존하는 실정법에 대한 ‘불만족’이 발생하는 경우, 그러한 불만이 사법기구에서 어떻게 해소되는가에 관한 의문에서 시작되었다. 현행법을 있는 그대로 기계적으로 적용하는 경우, 정의에의 불합치 또는 입법 목적과 어울리지 않는 결론의 지시 등 사회적 비판을 피하기 어려운 경우가 종종 발생한다. 법률의 공백 등 실정법의 한계와 직면할 때, 혹은 실정법의 지시를 문언 그대로 수용하기 곤란한 경우 등 실정법에 대한 불만 상황이 발생하면, 그 상황은 입법기관의 결정으로 해소되거나, 사법기관의 판결로써 해소되는 방안 두 가지가 존재한다<sup>1)</sup>.

대표적인 규범창설 기구인 의회에서 문제가 되는 법률을 파기하고 제·개정함으로써 현행법에 대한 불만이 해소되기도 하지만, 법원에서도 구체적인 사안을 규율하는 판결을 통해서 실질적으로 법리를 변경·생성함으로써 현행법의 불만족스러운 상태를 보완하고 시정한다. 법원은 법률의

---

1) 행정기관이 법률의 지시를 넘는 적극행정 등 보완적 노력을 펼침으로써 불만이 누그러지는 경우도 분명 존재한다. 하지만 이는 어디까지나 ‘보완적’ 노력을 통해 불만을 상쇄하거나 완화하는 상황이며, 행정기관이 제3자적 위치의 의사결정자가 아니라 사안의 당사자로서 행위하는 경우가 많다는 점에서 의회 혹은 법원에 의한 결정과는 결을 달리 한다. 행정부의 행정재량과 사법부의 사법재량은 큰 그림을 그리는 입법부의 기획을 따라서 그 안을 세밀하게 채워나가는 역할을 한다.

의미가 무엇을 뜻하는지를 풀이하거나 특정 법률이 적용될 수 없는 예외적인 경우를 규명함으로써, 그리고 기존의 판례법을 변경하거나 혹은 새로운 관습법을 발견함으로써, 현행법에 대한 비판과 보완의 작업을 수행한다.

## 제2항 법정정책적 판단

법원리와 법정정책은 구분된다. 그러나 상당수의 판결에서 법원이 ‘법원리’에 입각하여 구성하는 논변은 실제로는 사법재량을 행사한 정책적 판단의 성격을 지닌다. 법원리의 추상성은 일정한 범위의 사법재량을 허용하고, 사법재량의 범위 안에서 법원은 제반 요소를 고려한 판단을 한다. 제반 사정을 종합적으로 검토·고려하는 법원의 결정 과정에는 순수한 법적 논증 외에 정책적 사고가 개입한다.<sup>2)</sup> 형량(衡量)의 이름하에 실제 이루어지는 것은 능동적인 선별·선택 작업이다.

법원의 정책적 판단과 사법재량을 연구하기 위하여, 법원이 실정법 자원만을 활용한 논증이 아니라, 여러 가지 법외의 자원들, 즉 관련된 사회정책적인 요소들을 고려하여 종합적 판단을 내리는 경우의 의미를 관찰하려고 하였다. 물론 우리나라 법원이 법원리(혹은 법원칙)를 논증에 활용하여 결정을 도출하는 경우는 전체 판례 중 일부분을 차지하는 영역이지만 그러한 ‘예외성’ 혹은 ‘비통상성’으로 인하여 분석 필요성이 있다고 생각하며, 이를 사법재량<sup>3)</sup>의 의의와 연계하여 검토하고자 한다.

법원의 활동은 현행 실정법의 ‘유지’ 작용에만 국한된 것이 아니라, 법

---

2) 이러한 판단을 ‘형량(balancing)’이라는 범주로 묶고서, 형량은 정책적 사고가 아닌 법적 사고에 속한다고 정리할 수도 있다. 그러나 법원이 법리를 생성하는 판결에서 단순한 ‘형량’만이 사고의 과정에 작용하는 것은 아니며, 형량의 사고방식은 논리연역적인 법해석 사고방식과는 질적으로 구분이 된다.

3) 법실증주의 관점에서 분석할 때, 법규칙들이 문제사안에서 일정한 내용의 결정을 확정하지 못하는 경우, 법원의 사법재량으로 문제를 해결한다. 드워킨의 이론에 의하면, 어려운 사안(hard case)은 사법 재량이 아니라 법원리로 해결된다고 하지만, 사실상 그러한 법원리에 입각한 판결의 실체는 서법재량의 행사로 보는 것이 보다 더 현실적이다.

규범의 ‘생성(生成)’ 작용과 ‘파기(破棄)’ 작용을 함께 수행한다. 현행 실정법의 부족 내지 불만을 해결하기 위하여 법원이 사안에 적합한 결정을 산출할 수 있도록 관련 법리를 변경·생성하기 때문이다. 법원의 규범 창설·변경 활동을 통해 법체계의 실질적 내용은 점진적으로 변화한다.

물론, 법원의 결정은 법률과 선례에 기초하여 엄정하게 내려지는 법해석이 대부분이다. 현행 법체계의 ‘유지’ 작용을 하는 법해석이 법원이 수행하는 활동의 대부분을 구성하고 있음은 이론의 여지가 없다. 또한 법원이 현행법의 문제점을 충분히 인식하더라도 여전히 법률의 문언이 사전적으로 지시하는 바에 따라서 판결을 내리는 경우도 상당수 존재한다.

하지만, 특정한 경우의 판결은 - 물론 해당 판결 역시도 성문법과 선례에 근거하여 결정을 도출하였다고 밝히는 외양을 취하나 - 실질적으로 새로운 법리를 구성하고 창출한다. 판결을 통한 법리의 변경과 생성은 법원이 구체적 사안의 해결을 위하여 논리의 대전제를 조성하는 작업, 즉 법해석이 아닌 정책적 판단을 내리는 결과라고 할 수 있다. 해석의 막다른 골목에서 법원은 선택과 판단을 한다. 현실에서 관찰되는 상당수 판결에서, 법원의 결정은 성문법의 단순한 해석을 뛰어넘거나 기존 판례와 다른 입장을 취하는 경우가 존재함을 부인하기 어렵다.

법원의 결정을 통해서 이루어지는 법의 실질적 내용 변화는, 법원의 규범창설(創設), 다시 말하여 사법입법(judicial law making)이라고 할 수 있다. 물론, 이는 논증이 제공·부여하는 테두리 안에서의 선택이므로, 그 행보가 자유롭고 보폭이 넓은 입법재량과는 차이가 있지만 법원도 일정한 법규범 형성 기능을 수행하고 있음을 부인할 수는 없다. 즉, 법형성 판결을 통한 법률의 변경, 특수한 예외설정을 통한 성문법 효력의 정지, 새로운 규범의 창설이 가능해진다. 입법부를 통해서 법률이 제·개정되는 의회입법의 경우와 비록 그 규모와 성격은 달리하지만, 사법기관의 판결에 의하여 발생하는 법의 변화는 부정할 수 없다.

## 제 2 절 연구의 대상

### 제1항 법원리를 활용한 법형성 판결

이 연구의 탐구 대상은, 법원리에 기한 법형성 판결을 산출하는 과정에서 법원이 어떠한 논리를 동원하고 어떠한 논거를 활용하는지에 관한 것이다. 현행 실정법에 대한 ‘불만족’이 해소되는 방식, 보다 정제된 표현으로 옮기자면 현행 실정법에 대한 비판과 보완을 위하여 법원이 채택하는 논증 방법에 관한 것이다. 법원의 결정은 논증에 의거하며, 법원이 실정법 비판과 보완의 내용을 담은 판결을 내리는 경우 법원의 논증 방법은 더욱 주목할 필요가 있다.

현대 사회를 관찰할 때, 법은 단순한 ‘발견’의 대상은 아니다. 법원이 내리는 결정에는 법적 논리와 함께 사회·정책적 고려가 결정의 이유로서 반영된 결정들이 존재한다. 법원은 추상적인 ‘헌법’을 해석하고, 법원리(法原理)와 신의칙(信義則), 조리(條理)<sup>4)</sup>를 근거로 구체적 판단을 내린다. 그러한 과정에서 정책적 사고에 근거한 법형성 판결의 산출은 불가피하다.

법문언의 의미를 풀이하는 대부분의 법해석 판결과 비교할 때, 연구의 대상인 법형성 판결은 수적으로 드문 판결이다. 사법부의 판결 중 법형성 판결이 차지하는 양적 비중은 당연히 크지 않다. 법형성 판결이 법원의 전체 결정 중 극히 일부를 차지하는 것은 사법부가 법의 규범적 현존을 가급적 지킴으로써 법적 안정성과 예측가능성을 담보해야 하는 점, 그리고 입법기관과 사법기관에 수여된 권한의 성격과 크기의 차이, 현대 민주주의 사회에서 주권자로부터 기인하는 민주적 정당성에 따른 위계와 복속을 감안할 때 당연한 것이다. 따라서 이 연구의 대상은 법원의 판결 중 작은 영역, 전체 법 현상 중 일부분에 해당하는 경계선에 놓여 있는

---

4) 다만, 우리나라 법원은 결정의 근거로서 조리(條理)를 직접적으로 인용하는 판결은 대법원 65다1156 판결 외에는 삼가고 있다.



(marginal) 미미(微微)한 영역을 다룬다.

하지만 경계 영역에 놓여 있는 법형성 판결이 차지하는 질적 비중이 미미하다고 평가하기는 어렵다. 법원이 법원리를 논증에 활용하는 경우 그 결과로서 법형성이 이루어지는 판결이 산출되고, 법형성 결정들이 축적되어 그로 인해 우리사회 법체계의 실질적 내용 구성에 변화를 가져온다. 법체계의 동태적 특성이 드러나는 법형성 판결을 분석함으로써 사법부의 판결을 통해서 유도되는 법의 변화라는 의미 있는 법 현상을 살피고 그를 통해 법체계 구조와 작동에 관하여 일별(一瞥)할 수 있는 기회를 확보할 수 있다.

## 제2항 대법원의 불법행위 민사판결

법원의 논증은 크게 법해석과 법형성으로 구분된다. ‘법원리’를 활용하여 법원이 논증을 이끌어가는 사안은 주로 법형성 논증으로서, 엄밀한 차원의 순수한 법해석적 논증이 아니라 여러 가지 복합적인 정책적 요소를 고려하여 결정을 내린 사안이다. 따라서 법원의 법형성 판결, 그리고 법형성을 위하여 법원리를 논증의 근거로서 활용하는 판결이 연구의 대상이 된다. ‘법해석’과 ‘법형성’의 분기점에 대한 분석을 위하여, 앵기쉬와 라렌츠·카나리스 등 석학들의 논의를 정리하고, 법원이 법원리를 논증 과정에 활용하여 특정한 결정을 내리는 사안을 분석한다.

문제사안에 적합한 결정을 내리기 위하여 법원이 구체적 정의에 부합하는 사안 규범의 현출을 위하여 실질적인 규범창설 기능을 수행한다는 문제의식 하에, 일반법원 -정책재판의 성격에 관한 논의가 충분히 진행된 헌법재판소가 아닌- 의 판결에 드러난 정책적 요소를 분석하려고 하였다. 또한 최고심의 판결에 하급심이 실질적으로 구속되는 점을 감안하여, 판례법으로서의 규범적 지위를 인정할 개연성이 높은 대법원의 정책적 판결을 연구의 주된 대상으로 하였다.

또한 법원이 법원리를 논증에서 다루는 여러 다양한 사안 중 민사사

건, 그 중에서도 손해배상사례를 중심으로 분석을 진행하였다. 타법과 비교할 때, 민법은 일반추상적인 법규범으로 구성되어 있기 때문에, 행정법 등과 달리 민법 분야의 사건은 민법전에 기재된 규정만으로 해결될 수 있는 사안이 드물다. 법원이 협의의 법해석을 넘어서는 법형성 결정을 내리는 경우가 민사 판결에서 다수 관찰된다. 불확정성이 높은 법원리를 활용하여 도출되는 재량적 판결에 관한 연구의 주제와 잘 연계된다.

민사 분야는 법원에서 우리사회 현실의 요구에 부응하는 적합한 법질서의 착근과 발전을 위하여 법원이 주도적으로 많은 법리를 생성한 분야이며, 구체적 사안의 정의를 추구하기 위하여 성문법과는 배치되는 결정이 종종 내려지는 분야이기도 하다<sup>5)</sup>. 대법원은 다른 분야에 비해서 민법에 있어서 “문리해석에 대해 비교적 느슨한 입장을 취하는” 경향을 보인다. 민사 판결은, “일반적인 원리나 가치(정의, 자유, 후견, 신뢰, 공정, 신의, 형평, 효율, 법적 안정성, 합목적성 등)”의 문제가 자주 다루어지기에 그에 관한 이론적 고찰이 필요한 분야로서<sup>6)</sup>, 본 연구의 법원리 논증에 관한 문제의식을 잘 살필 수 있는 분야이다.

민사 판결 중에서도 연구대상으로서 손해배상 판결에 중점을 두어 분석을 진행하는 이유는, 손해배상 분야는 “발생한 손해의 공평·타당한 부담”이라는 지도이념, 즉 법원리가 지배하기 때문이다. 이와 같은 법원리 내지 지도이념이 구체적인 결정을 산출함에 있어 어떠한 방식으로 활용되는지를 분석함으로써 연구주제를 확인할 수 있다. 특히, 손해배상 중에서도 불법행위를 연구의 주된 대상으로 하는 것은, 불법행위 판결은 법원이 관련 당사자들의 계약이 존재하지 않는 상황에서 추상적인 법원리, “손해의 공평한 부담과 교정적 정의”를 문제사안에 부합하는 방식으로 구현하기 위하여 숙고한 결과를 투영하여 판결을 내리기 때문이다.

본인이 야기한 손해를 배상해야 한다는 당연명제 조항 외에는 사건 당사자 간 특별한 약정이 없는 상황에서 법원이 사회정의 요청에 반응하기

---

5) 권영준, “민법학, 개인과 공동체, 그리고 법원”, 2015, pp.1448-1449

6) 권영준, 전게서(주5), p.1403

위하여 보다 더 적극적인 모색을 수행하고, 그를 통해 포괄적인 문제해결 규범의 정립이 필요한 경우이기 때문이다.

### 제3항 환경 분야의 판결

또한 민사 분야 중에서도 특히 환경 분야의 법원 판결을 초점을 두어 연구 주제를 살피기로 한다. 환경 분야는 규범의 급속한 형성과 발전이 이루어지고 있는 신생 분야로서, 여러 법원리가 급속하게 등장하고 이들이 실정법 내로 진입하고 있는 양상이 관찰된다. 현재 환경정책기본법에 기재되어 있는 오염원인자 책임원칙(polluter-pays-principle)이나 사전예방원칙(precautionary principle) 등과 같은 논리의 역사가 짧고, 수많은 법규들이 정책적 목표를 달성하기 위하여 등장하여 서로 영향을 주고 받는다. 환경법은 ‘목표지향적’이고 ‘가치지향적’ 성격이 두드러진다는 점에서, 정책적 판단이 두드러지게 관찰된다. 따라서 환경 분야 민사 사건을 주된 분석 대상으로 삼아서 정책과 법의 관계를 검토할 필요성이 크다. 특히 법원리가 활용된 판결에서 사법재량과 법정책의 관계를 유의미하게 검토할 수 있다.

법원리를 활용한 법형성 판결은 현행 실정법의 안정화된 지점을 ‘벗어난’ 결과물을 생성하기 때문에, 일종의 내용적 평형(equilibrium)을 이루고 있던 특정 사안에서의 실정법의 규범적 지점을 이동시키게 된다. 본 연구는 법원이 정의에의 요청 및 정책적 근거 등을 이유로 특정한 계기에 의하여 실정법의 단순 적용을 뛰어넘는 판결을 내림으로써, 평형점이 이동하는 모습을 드러내고자 하였다. 법원이 사안에 보다 적합한 판단을 내리기 위한 근거로서 법원리를 논증에 동원되는 경우가 두드러지는 환경 분야의 판례 분석을 통해서, “법원리의 의의와 기능은 무엇인가?”, “법원의 논증과 결정은 어떻게 이루어지는가?” 라는 질문에 관하여 의미 있는 답을 찾을 수 있다.

### 제 3 절 연구의 특성

#### 제1항 법원리가 수행하는 기능과 결과적 영향력

법원리가 현행 실정법에 대한 비판과 보완을 위하여 논증에서 활용되는 방식과 의의를 분석함에 있어서, 이 연구는 다음과 같은 측면에서 석학들의 선행연구와 구분되는 특징을 지닌다.

우선, 법원리에 대한 주된 접근방식이다. 드워킨(Dworkin)과 알렉시(Alexy)로 대표되는 석학들의 법원리 분석은, 법규칙(legal rule)과 대조되는 법원리(legal principle)의 이원론적 특징을 두드러지게 강조하는 것에 중점을 두었다.<sup>7)</sup> 선행 연구자들이 ‘대조’라는 접근방식을 통해서 법원리가 지니는 의의를 강조하고자 하였다면, 본고의 법원리 분석은 법원리가 그러한 특징에 따라 법형성 논증에서 수행하는 ‘기능(機能)’에 관한 고찰에 보다 중점을 두었다. 사안에 적합한 구체적 정의를 실현하려고 하는 법원이 현행 실정법에 대한 변화의 요청을 비판적으로 수용하는 과정에서 법원리가 활용됨을 확인하려고 하였다.

그리고 이러한 법원리의 ‘기능’에 초점을 두어 법원의 정책적 판단과 사법재량을 논의하기 위하여, 사비니에서부터 엥기쉬, 라렌츠·카나리스에 이르기까지 석학들이 제공하는 이론적 토대 위에서, 법원의 법형성 판결이 법규범 체계에 가져오는 결과적(consequential)인 효과에 보다 주목하려고 하였다. 즉, 법형성 판결은 실질적 의미의 사법입법(judicial law-making)<sup>8)</sup>으로서 실정법 체계의 내용적 구성에 변화를 가져오는 결

7) "학문적 전통에 따르면 법을 고찰하는 데도 일정한 분업이 있다. 정치철학자는 법의 효력에 관한 문제를 연구하고, 법학자나 법철학자는 법의 근거에 관한 문제를 연구한다. 그래서 법철학은 보통은 균형이 없는 법이론이 된다. 법철학은 주로 법의 근거에 관한 이론이고 법의 효력에 관하여는 거의 말하지 않는다.“

(Ronald Dworkin(장영민 옮김), 『법의 제국』, 아카넷, 2004, p.169)

8) 사법부에 의한 입법, 판사법(judge-made law), 사법입법 등 다양한 표현이 가능하다. 이 연구에서는 법원이 의회의 의사결정 산물인 제정법을 단순히 해석하는 법 해석자의 지위에서 판결을 내리는 것이 아니라, 분쟁 사안을 해결하기 위하여 적합

과를 낳는다는 점에 주목하였다.

그리고 법원리에 입각한 법형성이 이루어지는 경우를 법체계의 단계적 양상과 연계하여 관찰하였다. 법원이 논증 과정의 결정적 논거로 법원리를 활용한 판결을 내리는 경우, 해당 결정은 기존의 법리를 변경하고 새로운 법리를 형성함으로써 실질적으로 법의 변화를 가져오는 결과를 낳는다. 법체계를 멀리서 관찰할 때, 법원리 논증은 변화단계(crisis)의 논증이라고 평가할 수 있다. 법원의 법형성 판결을 통해서 법체계의 실질적인 규범 변화가 일어나는 양상, 다시 말하여 법원리가 논증 과정에 활용됨으로써 법규범의 실질적 내용이 변화하는 법체계의 동태적 특성을 부각하려고 하였다.

법원은 법해석을 통해서 법체계를 가로지르는 논리적 일관성을 유지하고 논변의 흐름 속에서 구체적인 법리 내용을 더욱 정교하게 조탁하는 작업을 수행한다. 또한 법형성 판결을 통해서 법체계를 구성하는 규범들이 사회적 적합성과 타당성을 가질 수 있도록 그 실질적인 내용을 재조율한다. 법해석이 법체계의 규범 구성이 현상을 유지하는 안정적(stasis) 단계의 논증이라면, 법형성은 그를 통해 법규범의 실질적인 변화가 발생하는 변화(crisis)<sup>9)</sup> 단계의 논증이라고 볼 수 있다. 이를 통하여 법원의 ‘결정’이 - 그러한 결정이 법해석이건 혹은 법형성이건 - 법체계의 현상 유지와 새로운 변화에 어떠한 영향을 미치는지에 관한 연관성을 정리하려고 하였다.

## 제2항 법원리 판결의 법정책적 의의

판결이 어려운 사안에서 우리나라 법원은 대개, 법원리를 논증 과정에서 활용하여 법형성 판결을 산출한다. 법원리<sup>10)</sup>를 논거로서 활용하는 판

---

한 사안규범을 현출하는 경우를 의미한다.

9) 법규범의 실질적 변화가 발생하는 ‘불안정’ 단계를 의미한다.

결은, 구체적이고 명확한 범명제가 아니라 추상적·일반적인 가치와 이념, 사회의 거대한 법체계 구조가 표상하는 질서와 사회의 요청 - 통념과 건전한 상식, 국민의 법감정 등으로 표현되는 요청 - 을 그 결정의 이유로 삼는다. 법원리가 활용된 논증은 '효력'의 측면에서 실효성(=사회적 효력)은 있으나 합법성(=체계적 효력)은 부족한 (예비)규범 자원을 법체계의 구성 요소로 만드는 작업을 한다. 이를 달리 분석하면, 법원리는 사회적 타당성을 지닌 예비규범에 법질서와 원칙의 이름으로 정당한 법체계 구성요소로서의 자격을 부여함으로써, 해당 예비규범이 법체계적 합법성을 구비하게 하는 기능을 수행한다. 다른 관점에서 이를 살펴보면, 법체계가 사회와 절연되어 그 폐쇄성으로 말미암아 실효성을 잃지 않도록 '환경적응'을 돕는 것이 법원리가 수행하는 기능 중 하나라고 이해할 수 있다. 이는 우리가 법체계와 법원리를 어떻게 바라보고 수용해야 할 것인지를 모색함에 있어서 일정한 시사점을 제공한다.

이 연구는 법원리에 입각한 법원의 범형성 판결이 지니는 의의를 분석함에 있어서, 법체계의 규범내용 조정을 통한 '환경적응'이라는 관점에서 접근한다. 사법부에 의하여 법이 변화하는 동태적 기제를 관찰하고 이해함으로써 우리는 변화하는 사회 안에 위치한 법체계가 그를 둘러싼 주변 환경인 사회와 교류하면서 적응·발전해나가는 방식의 하나로서 법원의 범형성 판결이 일정한 역할을 수행하고 있다. 이는 사법부가 정책적 결정의 속성을 지니는 범형성 결정을 통해서 현행 실정법에 대한 보완과 비판 작업에 참여하고 있음을 확인하는 계기가 된다. 그리고 이와 동시에 법원리가 법체계가 사회적 환경에 적응을 가능하게 하는 기제임을 확인할 수 있다.

이러한 연구의 특성을 강조하기 위하여 -비록 논자에 따라서 각자 다양한 의미를 실어서 사용하는 다의적 개념이긴 하나- '법정책학'이라는

---

10) 판결에서 범규칙이 아닌 논거를 사용하는 경우, 법원리, 법의 지도이념, 법의 질서, 법의 원칙, 법감정, 신의칙, 사회의 건전한 통념과 상식 등 다양한 표현이 판결에 등장하지만 이를 '법원리'로 통칭할 수 있겠다

용어를 표제 및 본문에서 주요 개념으로 사용하였다. 법원리가 법원의 논변에서 활용된 결정이 순수법학의 결정만으로 이루어진 것도 아니지만, 그렇다고 하여 온전히 사회정책적인 판단에 의한 것이 아님을 말하기 위해서이다. 물론, 정책적 판단이 그대로 법적 판단이 될 수는 없다. 법적 논증에 참여하기 위해서는 정책적 요소들이 규범자원으로 포섭되어야 한다. 법원리는 그러한 포섭의 기능, 다시 말하여 사회 환경과 법체계 내부를 매개하는 기능을 수행한다.

### 제3항 국내 판결의 실증적 검토

이 연구는 법원의 법형성, 특히 법형성 결정을 어떻게 이해하는 것이 현실적으로 보다 높은 설득력을 지니는지 검토하기 위하여 법원의 결정이 이루어지는 방식, 법의 사회적 권위, 현행법에 대한 비판적 정신이 발현되는 방법 등에 관하여 검토한다. 이 과정에서 법형성 판결의 범주를 보다 명확하게 경계를 짓고, 실제 현실의 어떠한 경우에 법원의 법형성 판결이 일어나는 것인지 예증 사례를 통해 확인한다. 그리고 법원의 법형성 판결이 어떠한 사회적 역할을 담당하는지에 관하여 법원의 사회적 권위와 조직 기능을 함께 검토한다.

이러한 맥락에서 우리 법원의 판례가 ‘법원리’를 어떻게 다루는지 확인하고자 하였다. 연구의 문제의식을 충분히 검토하기 위하여 불법행위 손해배상에 초점을 두기는 하되 그 외에도, ‘법원리’ 내지 ‘법원칙’이라는 표제어로 검색되는 판결을 전체적으로 확인하고 해당 결정의 내용 및 유형을 분류하여, 법원이 법원리를 논증에 활용하고 법형성 결정을 산출하는 경우를 전체적으로 관찰하고 분석하였다.

주제별 키워드 검색이 가능한 판례검색 프로그램<sup>11)</sup>을 사용해서, 주제와 관련된 핵심어를 포함한 판결을 전수 검색하여 내용을 검토하였다.

---

11) 법원도서관의 ‘법고을 LX’ 등

예컨대 신의칙에 관한 국내 판결문의 검색결과(2019년 6월 기준)는, 판결요지에 ‘신의칙’이라는 표현이 등장한 국내 판결은 총 721건이었으며, 판시사항에 ‘신의칙’이라는 표현이 등장한 국내 판결은 총 370건이었다. 또한 민법 제103조가 판결요지에 등장한 판결문은 총 81건, 판결전문에 등장한 숫자 304건이다. 이 외에도 ‘법형성<sup>12)</sup>’ 및 ‘법원리<sup>13)</sup>’ 등 주요 핵심개념과 관련된 판결을 검색하여 그 내용과 쓰임새를 분석하였다. 법형성이라는 표현이 판결문에서 직접적으로 드러난 판결은 많지 않았고, 대개, “법형성은 안 되고 법해석을 해야 한다”라는 취지로, ‘법형성’을 부정하기 위해서 등장한 판결문들이었다. 법원리 또는 법원칙은 그간의 판결에서 법원이 제시한 가치 개념들을 수사학적으로 완결하기 위하여<sup>14)</sup> 사용되었음을 확인하였다. 이와 같은 경험적 접근은 우리사회의 법 현실에 대한 보다 충실한 기술(better description of reality)을 지향하는 본 연구의 목적을 반영한 것이기도 하다.

---

12) 판시사항에 ‘법원리’가 등장한 판결은 2건, 판결요지에 등장한 판결은 16건, 판결전문에 등장하는 경우는 151건이다.

13) ‘법형성’이 판시사항에 등장한 판결은 53건, 판결요지에 등장한 판결은 276건, 판결 전문에 등장하는 경우는 847건이다.

14) 예시: 국가의 최고규범인 헌법을 법률해석의 기준으로 삼아 법질서의 통일을 기하여야 한다는 법원리, 인간의 존엄성 존중이라는 헌법원리 등



## 제 4 절 연구의 구성

### 제1항 전체적 구성

본 연구의 주제는, “법원리 논증이 실정법체계에서 수행하는 기능”이며, 두 가지 측면이 강조되었다. “법원이 추상적 법원리를 논거로 활용하는 경우 그 판단의 과정에 정책적 논소(論素)가 상당 부분 반영된 결정을 내리는 경우”라는 것, 그리고 이처럼 법해석이 아닌 “법원리에 입각한 법형성적 판결을 통해 현행법의 실질적 내용에 변화가 초래”된다는 것이다.

법원리와 정책은 서로 다른 개념이나, ‘기능’적 측면에서는 일정 부분 동일한 효과를 산출하는 방식으로 작용한다. 법원리는 낱말의 법률과 구분되는 전체 법질서와 그에 내재된 도덕적 가치를 지시함으로써, 정책적 사고와 연계된다. 법원리와 정책은 다른 개념이나, 판결을 도출하기 위한 논거로서 법원리가 지니는 기능과 정책적 사고는 긴밀하게 연계된다. 판결 논거로서 법원리가 가지는 기능과 정책적 사고는 긴밀하게 연계된다. 논의 구성을 위하여 관련된 주요 개념들을 법체계, 법정책, 법원리의 흐름으로 전개하고 살피는 방식을 취하였다.

즉, 이를 부연하면 다음과 같다. 우리사회의 법체계는 실정법으로 구성되어 있다<sup>15)</sup>. 법적 결정을 획득하기 위해서 법원의 논증(법해석 외에도 법형성을 포함한 논증)이 이루어진다<sup>16)</sup>. → 법원이 법원리를 활용한 법형성 결정을 산출함에 있어서 어떠한 사고와 논증방식으로 당면한 문제에 접근하는지를 살피고, 법형성 결정이 법원의 정책적 판단에 의한 것임을 검토한다.<sup>17)</sup> → 법원이 정책적 사고를 동원하는 경우 법원은 대부

15) 법체계의 구성을 실정법으로 한정함으로써 형식적 법체계에 기초하여 논의를 진행한다.

16) 법적 결정을 도출하기 위한 사법부의 논증을 짚고, 논증의 기능과 유형을 통해서 법의 개념과 법획득에 관하여 함께 살핀다. 법획득을 위한 법적 논증이 크게 법해석과 법형성으로 구성되며, 논증의 자원(資源)과 논리 구조(構造)에서 차이가 있음을 검토한다. 법원이 법해석을 하는 경우의 논증방식과 법형성을 하는 경우의 논증방식이 동일하지는 않다.

분 이러한 논거 활용의 정당성을 찾기 위하여 그 내용을 ‘법원리’로 표현한다. 법원리는 합법성이 부족한 (예비) 규범자원을 실정법체계 내부로 포섭하는 기능을 한다.<sup>18)</sup> → 법원리의 활용을 통해서 산출된 대법원의 법형성 판결과 그로 인한 법의 변화를 대법원 판례를 통해 실증적으로 분석함으로써, 법형성 판결과 법원리 논증이 우리사회 법의 실질적 변화를 가져오는 모습을 관찰하고 그 함의를 분석한다. 이 과정에서 사법제량 행사의 의의와 한계를 함께 검토한다.

## 제2항 법원의 논증과 법의 획득

법원의 법획득 작업에 관한 검토는, ‘법은 무엇인가’라는 단순하고 고전적인 - 하지만 언제나 어렵고 또한 매번 새로운 - 질문과 연계된다. 이는 현행 실정법에 관한 불만이 발생하는 경우 그러한 불만은 어떠한 방안으로 해소되는가 하는 연구의 주제와, ‘법은 무엇인가’라는 단순하지만 무거운 질문이 분리될 수 없기 때문이다.

법이 무엇인지에 관하여 법실증주의와 비실증주의(자연법론)<sup>19)</sup>는 서로 다른 설명을 제공한다. 그리고 법실증주의와 비실증주의가 제공하는 상이한 법 개념은, ‘해석의 막다른 골목’에서 일어나는 법획득에 관하여 양자가 다른 접근방식을 취하는 이유가 된다. 법실증주의 관점에 의하면 법원의 법형성 결정은 법관의 규범창설 행위이다. 그러나 자연법을 따르는 비실증주의 관점에 의하면, 법형성 결정은 실정법 이외의 근거를 가졌다고 하더라도 법질서가 드러내는 자연법을 법원이 발견하고 확인하는

---

17) 논증의 재료와 구성방식을 살필 때, 법형성 결정은 법해석과 구분된다. 법형성 판결은 법원이 순수한 법리적 사고 외에도 정책적 사고를 동원한 산출물이다. 정책적 사고는 사회 전반의 도덕적 가치와 질서를 고려한다.

18) 법원이 법체계 외부의 예비규범 자원을 활용하여 일정한 결정을 산출하는 논증 메커니즘으로 활용하는 ‘법원리’가 사회 법체계의 구성과 작동에 담당하는 역할을 분석한다. 이러한 과정에서 법실증주의와 자연법주의가 법의 변화를 이해하는 차이를 논의 전개에 필요한 부분에 한하여 함께 검토한다.

19) 자연법론과 비실증주의를 동일한 개념으로 사용하며, 문맥에 따라 혼용한다.

행위이지, 법창조 행위는 아니다. 법형성 판결에 관하여 법실증주의와 비실증주의가 서로 다른 관점에서 취하는 이해를 대별함으로써 현대사회의 법규범의 특성과 법원의 기능·역할을 감안하여, 보다 현실적 설득력이 높은 설명을 확인하려 한다.

법원은 법문언의 의미를 ‘풀이’함으로써 - 구체적 사안에서 유형적으로 확인 가능할 만한 수준의 ‘정의’를 제공함으로써, 혹은 필요한 경우에는 용어의 뜻을 ‘재정의’를 함으로써 - 문제사안에 적합한 판단을 내린다. 법원은 필요한 경우, 법률 조항에 사용된 언어의 통상적인 일상 용례를 감안할 때 다소 무리한 방법으로 해당 언어의 개념적 외연을 확장하는 법해석을 한다. 이처럼 법문언의 의미 개념을 확장하여 일반적으로 사용되는 어의보다 더 넓은 범주로 언어의 뜻을 확장함으로써 법원은 해당 법문언에 독특한 의미를 부여한다. 이는 법원이 구체적 사안의 정의에 부합하는 결정을 내리기 위하여 법문언의 의미를 - 통상의 용례와는 달리 - 새로이 재정의하는 방식으로 법형성을 하는 경우이다.

법문언의 가능한 의미를 일탈하거나 법문언의 의미를 재정의하는 방식으로 구체적 사안의 정의 요청에 부합하는 결정을 내리기 어려운 경우, 법원은 법의 목적을 감안하거나 관습을 이유로 해당 법문언의 효력을 상실시키기도 한다<sup>20)</sup>. 또한 신의칙과 금반언 등 일반 법원리를 통해서 효력을 정지시키는 경우<sup>21)</sup>도 종종 발생한다. 이는 법원이 법적 요건을 식별하여 그에 따른 법적 효과를 문제사안에 그대로 적용하는 법해석 결정이 아닌 다른 유형의 결정을 내림을 부인할 수 없이 보여주는 사례들이다.

---

20) 법원은 발행지가 기재되지 않은 어음과 수표의 효력을 인정하는 판결에서, 어음법 및 수표법 조항이 명확하게 지시하는 바를 무시하고 입법목적과 사회적 관행 등을 이유로 법률의 문언이 지시하는 바와는 다른 결정을 내린다.

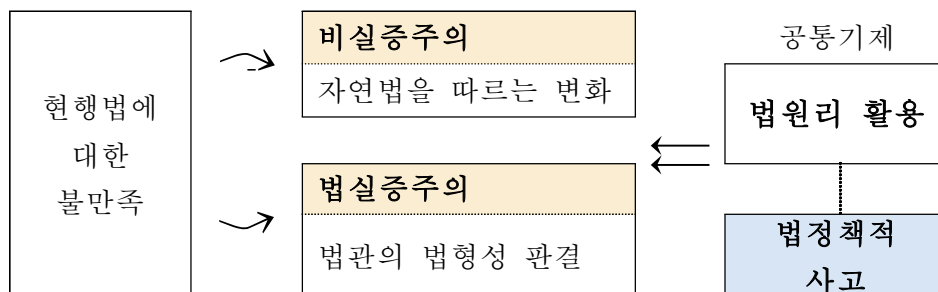
21) 대표적인 경우가 소멸시효의 완성 주장을 신의칙을 이유로 인정하지 않는 경우이며, 강행법규인 근로기준법을 신의칙을 이유로 따르지 않는 판결도 존재한다.

### 제3항 법형성의 결정과 법원리

법원은 분쟁 해결을 위하여 법리를 현출(現出)한다. 법원의 판단이, 분쟁 해결을 위한 적합한 법규칙의 선택과 그로 인한 법효력의 발생으로 종결되는 경우도 있지만, 문제사안을 규율하는 새로운 내용의 법이 형성되는 경우도 상당하다. 법형성 결정은, 해당 판단을 내리는 법원에 관한 조직적 차원의 분석과 함께, 법체계의 구성·작동에 관한 고찰을 요구한다. 법은 하나의 법률 안에서도 체계적 완성을 지향하고 있으며, 비단 한 법률을 넘어서 상호 연관과 위계에 따라 조직되어 있는 사회 전반의 법규범 역시 마찬가지이다. 최고 상위법의 위상을 가지는 헌법의 질서 하에 법규범은 -분야별 법들이 고유영역을 점하고 있으나- 전체 법체계를 이루고 있다. 이러한 법체계는 규범적 현존의 법적 안정성을 유지하고 있으나, 사회적 필요와 요청에 따라서 그 실질적 구성 내용이 변화하는 경우도 있다.

법의 변화에 관하여 보다 충실한 이해를 하기 위해서는 법체계에서 법원리가 어떤 위상을 지니고 어떠한 기능을 하는지에 관한 검토가 필요하다. 실질적 법체계론을 주장하는 비실증주의 입장에서는, 법원리는 법규칙과 구분되는 것이며 법체계 내부에서 법적 판단을 향도하는 작용을 한다. 그러나 법실증주의에서는 법체계를 구성하는 것은 가시적으로 확인 가능한 사회적 실행의 법규범이라고 하는 형식적 법체계론을 말한다.

〈그림 1-1 : 법원리를 활용한 현행법 비판과 보완〉



법관의 법형성 판결은 비실증주의와 법실증주의 양자 모두에서 각기 다른 방식의 설명이 가능하다. 따라서 두 설명방식을 병렬적으로 검토한 다음, 두 가지 설명 중 어느 이론이 더욱 높은 현실적합성과 설득력을 가지고 있는지 비교할 수 있다. 법원의 판결에서 관찰되는 논변을 쫓아 감에 있어서, 우선 자연법론·비실증주의에 따라, 그리고 법실증주의에 따라서 논리를 전개한 다음, 두 관점 중 법원 판결이 구사하는 논리를 더욱 잘 설명하는 관점이 무엇인지 확인한다면, 두 입장 중 더욱 경쟁력 있는 입장에서 설명하는 법개념과 법체계, 법과 사회의 관계가 보다 타당한 것이라고 볼 수 있을 것이다.

이론은 현실을 이해하는 틀이며, 법실증주의와 비실증주의 역시 법현상 내지 법현실을 어떠한 틀에서 이해하고 접근할 것인가 하는 문제이다. 두 가지 틀 중에서 법현실에 관하여 보다 경쟁력 있는 설명을 제공하는 이론이 합당한 이론일 것이다. 무엇보다 중요한 것은, 우리 법현실에서 법원이 법원리를 판결 이유로 삼는 실례를 관찰하면서 그러한 법원의 결정이 도출되기까지 법원의 사고방식, 그리고 법체계의 구성 및 작용 면면에 관한 이해를 할 필요가 있다. 해당 판결의 논변 구성에 관한 비판적 검토를 통해서 이에 관한 정리가 가능하다면 우리사회의 법과 정책, 혹은 법체계와 정치체계에 관하여 또 다른 각도의 분석을 더할 수 있을 것이다.

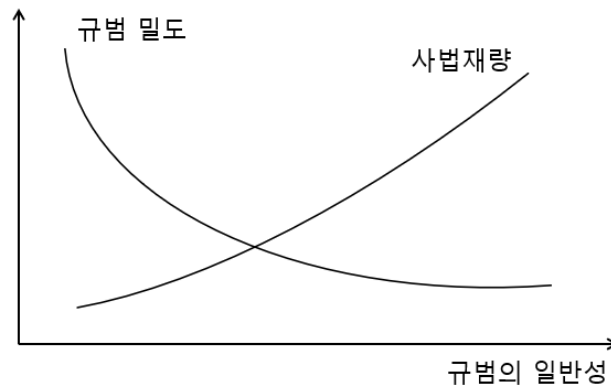
#### 제4항 주요용어의 개념적 의미와 용법

각 대목에서 논의하겠으나, 의미 전달의 명확성을 기하고 불필요한 오해를 가급적 덜기 위하여 본 연구에서 다루는 주요 개념은 다음과 같은 의미로 사용되었음을 논지의 전개에 앞서 미리 밝힌다.

## 1. 법원리

법원리(legal principle)의 개념적 층위는 다양하다. 명확성과 불확정성이라는 대조적 특징이 두드러지는 법규칙과 법원리의 관계는 일도양단의 관계라기보다는 실상은 명확성과 추상성의 양 극단 사이에서 어느 정도(degree)의 차이가 있는 연속적 관계에 놓여 있다<sup>22)</sup>. 하지만 본 연구에서는 논변의 명확한 내용 구성을 위해서, 법원리 중에서도 가장 극단적인 성격을 갖는 법원리를 상정하여 그 추상성과 불확정성을 강조하였다.

〈그림 1-2 : 법원리의 규범 밀도와 사법재량〉



법규칙과 법원리의 관계는 자칫 일도양단의 이분법적 관계라고 인식될 수 있지만, 실제로 양자는 구체성과 추상성의 정도를 달리하며 이어지는 연속체(continuum)<sup>23)</sup> 관계에 놓여 있다. 이러한 연속적(continuous)<sup>24)</sup> 관

22) 드워킨과 알렉시의 연구를 비롯하여, 법규칙과 법원리의 관계가 일도양단의 이분법적 관계라고 자칫 인식될 수 있는 소지를 제공하는 분석이 많지만 규칙과 원리는 이분법적 관계가 아니라 연속적 관계이다.

23) Schauer, *Thinking like a lawyer*, p.201

24) Schauer, *Thinking like a lawyer*, p.188

: ‘최선의 이익’ 또는 ‘합당하지 않은’과 같은 내용들을 포함하는 기준(standards)은 광범위하고 막연하고 일반적이며 부정확(broad, vague, general, and imprecise)하다. 그에 반해 법규칙은 ‘20인 이상’, ‘무광의 흰색 종이’와 같이 정확하고 구체적이며 확실하고 확정적(detailed, specific, concrete, and determinate)이다. 상기 예시로 든 기준과 법규칙은 극단적인 차이를 가지고 있는 것처럼 보이지만 극단적 예시를 들었을 뿐 사실 법규칙과 기준의 차이는 수준에 따른 상대적인 것(a matter of degree)이며, 실제의 법규범은 연속적인 스펙트럼의 어느 지점에 위치해 있다.

계에서 법규칙(rule)의 극단 지점에는, 자체완결적인 지시를 내리는 규칙(per se rule)<sup>25)</sup>이 존재하고, 기준(standard)의 극단에는 ‘착하게 살라’는 실제 파악이 어려운 요청이 존재한다. 하지만 논변 과정에서 사법재량의 행사 요건을 검토하기 위하여 실제로는 법규칙과 연속체적 관계에 있는 법원리의 성격을 극단적으로 강조하였다.

법원리는 법규범 중 일반·추상성이 높아서 그와 반비례하여 규범 밀도가 극히 낮은 법규범으로서 낮은 규범 밀도로 인하여 문제사안에서 특정한 결론을 직접적으로 지시하지는 않는다. 즉, 통상의 이해를 기준으로 (자연법-실정법)에 해당하는 내용을 X라고 표현할 때, 법원리는 그러한 X의 범주에 속하는 실정법 외의 기준들을 법적인 판단기준으로 활용할 수 있도록 하는 개념이다. 사회의 건전한 상식과 법감정, 정의관념 등이 법적 판단을 위한 기준으로 사용될 수 있도록 법원은 해당 내용들을 법원리에 의하여 사안규범으로 유입한다. 다시 말해, 이 글에서 법원리는 법원의 ‘승인(承認)’ 작업에 활용되는 매개체 혹은 도구로서의 개념으로서 접근된다.

법원리는 그 지시 내용의 추상적·불확정적이므로 사법재량의 여지가 커진다. 사법재량은 법규범의 추상성·불확정성 구분에 의하여 좀 더 정확한 발동의 요건을 가늠할 수 있다. 법규범이 추상적일수록, 그 내용이 불확정적일수록 사법재량이 행사될 이유 및 실제적 가능성이 커진다는 토대 위에서 법원리를 이해하고 있기 때문에 이 글에서 논의되는 법원리는 ‘사법재량’과 필연적으로 연계된다.<sup>26)</sup> 그 자체로 명확한 의미 전달이 가능한, 자명한 법률(per se rules)이 아닌 이상, 규범의 사안 적용을 위해서는 사법재량이 요청된다. 일반성과 추상성의 정도가 극단에 놓인 법원리는 엄밀한 개념의 ‘실정법’으로 보기 어렵지만, 법원이 논증과정에서 법원리를 활용함으로써 실정법체계의 개방성과 변화에 대한 수용성이 가

25) Schauer, Thinking Like a Lawyer

26) 드워킨(Dworkin)과 알렉시(Alexy)의 법원리 연구는 법원리의 ‘특질’이라는 존재적 측면에서 주된 관심을 보이고 있으나, 본 연구는 법원리의 ‘기능’에 초점을 두고 있다.

능해진다. 법원리의 활용을 통해 실정법체계는 사회적 지속가능성과 내용적 건전성을 유지할 수 있다.

## 2. 법정책

이 연구에서 법정책은 ‘legal policy’를 의미한다. 법정책학의 개념이 아직 형성단계이므로 보편적인 개념은 아직 정립되어 있지 않다. 법정책적 결정은 ‘법적’ 근거와 함께 ‘정책적’ 근거에 바탕한 결정으로서, 법규칙 외의 근거가 판단 논거로서 활용되는 경우이다. 법규범의 내부논리에만 충실한 연역적 결정이 아니라, 법정책적 결정은 법명제와 함께 정책적 고려가 반영된 결정이기 때문에 표현 그대로 단순하게 접근하여, ‘법+정책(law and policy)’를 의미하는 것으로 새길 수도 있다.

경우에 따라서는 법정책학이 법에 관한 정책과학적 분석(policy science of law<sup>27)</sup>)을 의미한다. 정책은 라스웰(Lasswell)의 개념 정의처럼, “바람직한 사회상태를 이룩하려는 정책목표와 그를 달성하기 위한 정책수단에 대하여 권위 있는 정부기관이 공식적으로 결정하는 지침<sup>28)</sup>”이다. 법정책은 그러한 ‘목표지향적’ 혹은 ‘가치지향적’ 성격을 지닌다.

아이젠버그(Eisenberg)는 보통법 논증(common law reasoning)을 분석함에 있어서, ‘법리적 명제(doctrinal proposition)’와 ‘사회적 명제(social proposition)’로 구분한 분석틀을 제시하였다. 이러한 분석을 따르는 경우, 법정책학적 논증은 법원이 단순히 법리 명제(doctrinal proposition) 외에도 사회 명제(social proposition)를 판단과 논증에 활용한 경우라고 할 수 있다. 법원이 법정책적 판결을 내리는 경우, 이는 순수하게 실정법체계 내부의 규범자원, 즉 순수하게 법명제만을 연역적 구조에 따라 축조한 논증으로 구성되었다고 보기 어렵다.

법정책적 사고는 목적지향적, 귀납적, 종합적(all things considered) 사

---

27) 홍준형, 법정책학의 의의와 과제, 2000, p.119

28) Lasswell(1951), "The Policy Orientation", in The Policy Science, pp.3-15

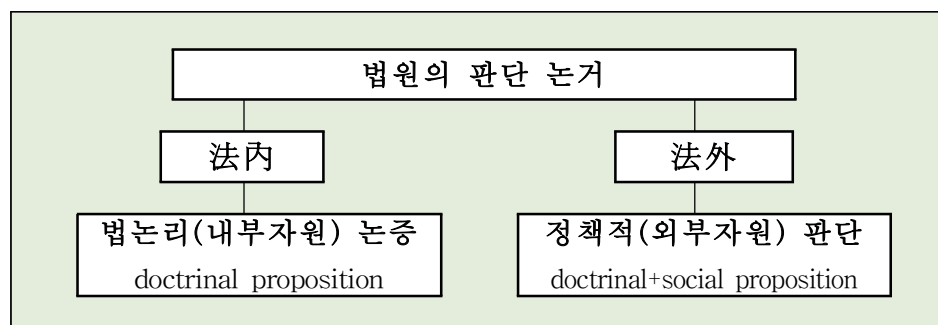


고이다. 하지만 이 글에서 사용된 법정책학의 주위적(主位的) 개념은 legal policy에 가깝다<sup>29)</sup>.

### 3. 법적 논증과 법형성 판결

법원이 수행하는 논증에 접근하기 위해서는 두 가지 차원에서의 분석과 검토가 필요하다. 법원의 논증은 어떠한 논리적 과정에 의하여 설계되는가 하는 점이며, 그러한 논증에서 활용되는 논증의 자원 혹은 재료가 무엇인가 하는 점이다. 통상적인 법해석(狹義)의 논증 설계를 분석하는 경우, 명료하게 확증 가능한 실정법이 논증의 자원이 되며, 이 경우 논증의 논리 구성방식은 비교적 간단하다. 실정법에서 논증의 재료-일반·추상적인 법규범-를 추출하여 포섭을 통하여 구체적 사안에 적용하는 3단 논법 방식을 통해 일정한 결정을 도출한다.

〈그림 1-3 : 법원의 판단 논거 구분〉



법형성<sup>30)</sup>의 논증 설계는 이와 다르다. 법형성 판결에서 법원은 ‘법 문언의 가능한 의미’의 경계 영역을 벗어난다. 본 연구에서 ‘법형성’은 독일

29) 법정책학의 개념에 대해서 비판적인 입장도 있으나, 현실을 관찰할 때 다양한 법정책적 판결을 확인할 수 있다. 특히 미국 판결의 경우, “prudential requirement”라고 표현되는 법정책적 접근이 분명히 관찰된다.

30) 통상적으로 법형성이 요청되는 경우는 다음과 같이 정리된다. 즉, 법이 모호한 목소리로 말하는 경우, 침묵하는 경우, 모순된 이야기를 하는 경우이다.

의 ‘법문언을 넘어서는 법형성(rechtsfortbildung contra legem)’보다 유연한 개념으로 사용되었다. 이 글에서 ‘법형성’ 판결의 개념적 용법은, 의회가 아닌 법원이 ‘의미를 생성하는’ 판결이다. 즉, 즉 법원의 일정한 ‘의사결정’이 반영된 판결이다<sup>31)</sup>.

법원이 법형성 판결을 내리는 경우, 이는 순수하게 실정법체계 내부의 규범자원, 즉 순수하게 범명제만을 연역적 구조에 따라 축조한 논증으로 구성되었다고 보기 어렵다. 법형성 판결은 법원이 법률에 이미 내재되어 있는 명약관화한 논리를 재차 확인한 것이 아니라, 성문법의 논리를 보완하거나 법이 침묵하고 있는 영역에서 사안 해결에 필요한 법리를 새로 형성하는 경우, 또는 구체적 사안에 적합한 결론을 도출하기 위하여 특정의 법규범을 뛰어넘거나 효력을 예외적으로 정지시키고 전체 법질서 내지는 사회의 정의 관념에 근거한 결론을 도출하는 경우를 의미한다. 법형성 판결이 내려지는 경우 법적 논증은 법원이 선택 가능한 대안을 일정한 테두리 안으로 한정하는 기능을 한다.

#### 4. 사법입법

법원이 법에 내재(內在)하는 규칙과 원리를 발견하는 기능만을 담당한다는 일반적 통념이 존재하고 있으나<sup>32)</sup>, 현실에서는 그와는 달리 법을 단지 해석하는 ‘법발견<sup>33)</sup>’의 기구만이 아니라 법원이 실질적으로 규범을

---

31) 예컨대 ‘의회에서 새로운 법을 입법하여 그 법을 법원이 적용하여 기존과는 새로운 내용의 판결을 내리는 경우’는 새로운 의미의 생성이 의회의 입법행위에 의하여 이루어진 것이지, 법원에 의하여 이루어진 것이라고 보기 어렵다. 따라서 그와 같은 경우는 법형성 판결의 범주로 분류하지 않는다.

32) Schauer, Frederick, "Do Cases Make Bad Law?", 2006, p. 885

“Homes가 보통법 방식의 장점에 관해서 서술했던 당시에도 법관이 [판례를 통해] 법을 만들어서도 안 되면 실제 그러하지도 않다는 것이, 비록 보편적 견해는 아니어도 다수의 생각이었다. 20세기 이전까지 보통법 방식의 의사결정은 기존 법에 내재(內在)하는 규칙과 원리를 발견하는 과정 - 발견을 위하여 선행 판결의 내용에 관한 논리적 추론과 ‘법적 논증(legal reasoning)’으로 알려진 일군의 방식을 활용하는 과정 - 으로 널리 이해되었다.”

33) Schauer, 전게서(주30), p. 886

창설하고 있음을 인정하는 입장은 많다<sup>34)</sup>.

법원은 규칙을 제시하거나 기준을 발표하는 방식으로 종종 법을 만들어낸다. 법원이 규칙을 제시하건 기준을 발표하건 간에, 법원의 견해 표명은 향후 [관련성이 있는] 사안에서 추정적 효력을 지니는 지배 규범(as the presumptively governing norm)으로 기능한다. 이는 결과적으로 법원이 제시하는 규범이 - 비록 그러한 규범이 ‘착한 일을 하라’처럼 아무리 추상적인 내용이라 할지라도 - 유사한 미래 사건에 실질적인 영향을 미치는 법(as constraining law for future cases)으로 기능한다는 것을 의미한다. 법원이 발표하는 규범이 정확하고 구체적인 경우 해당 내용의 영향력은 더욱 커지며 선례구속의 강력한 힘과 비중을 발휘하게 되면서, 그와 반대되는 내용을 누르게 된다. 법원이 발표한 규범이 향후 법원이 내리는 [판단의] 제약요인으로 기능하게 되는 것이다<sup>35)</sup>.

법원의 판결이 주어진 법의 적용이 아니라 ‘의미생성’의 결정일 때 사법입법이 이루어진다. 법원의 결정에 의해 법규범 변화가 발생하고 법의 실질적 내용 구성에 변화가 발생한다.

‘법원 판결에서 비롯되는 법의 변화’라는 점을 분석하기 위해서는, 법원의 논증 방식과 법체계의 유지 및 변화에 주목할 필요가 있다. 사법기구에 의한 ‘법의 변화’가 일어나는 경우는 법원이 엄격하게 한정된 협의의 법해석을 하는 것이 아니라 법문언의 통상적 어의를 확장·초월하여 결정을 내리는 경우이다. 또는 구체적인 특정 법조항에 의거하여 사안을 규율하기보다는 포괄적인 논거를 활용한 종합적 사고 과정을 거쳐 법적 결정을 산출하는 때이다.

---

“사회 대다수가 보기에, 보통법 판사들은 이미 존재하는 법원리를 발견하고 확인하는 일을 한다고 이해되었다. 이러한 사고방식은 [법관의 업무가] 원리를 찾아내는 것이지 원리를 만드는 것이 아니라는 것, 즉 법의 창조(creation)가 아니라 법의 발견(discovery)이라는 이해에 기초하고 있다. 법형성은 [법관 업무의] 절차 중 하나로 여겨지지 않았다.”

34) 법원이 법형성 양상을 관찰하여 이를 두 가지 접근방식으로 설명하는 견해도 있다. 아이젠버그(Eisenberg)는 법원의 법형성을 부산물 모델(by-product model)과 풍요화 모델(enrichment model)로 설명한다.

35) Schauer, 전게서(주30), pp. 885-886

헌법의 수권기관인 입법, 행정, 사법기관은 각자 그 크기와 성격이 다른 재량을 부여받았다. 입법부에게는 입법재량이, 행정부에게는 행정재량이, 사법부에게는 사법재량이 부여되어 있다. 법의 형성권한을 헌법적 체계 내에서 부여받은 입법부와 대별되어, 사법부는 법의 해석 권한만을 가진다고 하나, 이는 입법부와 사법부의 준별을 명확히 하기 위한 형식적 구분이며, 사법부가 사회적으로 수행하는 기능을 그 겉껍질만을 보고 판단하려는 피상적 태도에 불과하다.

사법입법을 통해서 드러나는 법의 동태적 측면, 즉 사법입법으로 유발되는 법체계 ‘변화’는 분석의 가치가 있다. 대부분 입법은 의회입법에 의해서 이루어지지만, 의미생성적인 법형성 판결을 통해서도 법규범의 변화는 이루어진다. 사법입법은, 법의 불확정상황 - 실정법이 존재하지 않거나 법이 명확한 지시를 하지 않는 경우 - 에서 법원이 일정한 결정을 산출하기 위해서, 혹은 법이 명확한 지시를 하고 있으나 적합한 해결 방안을 도출하기 위하여 그러한 지시의 효력을 예외적으로 정지시킬 필요가 있는 경우에, 법원이 도덕원리 혹은 사회정책적 논거 등을 활용하여 일정한 사안규범을 현출하는 것을 의미한다.

## 5. 법체계와 사회체계

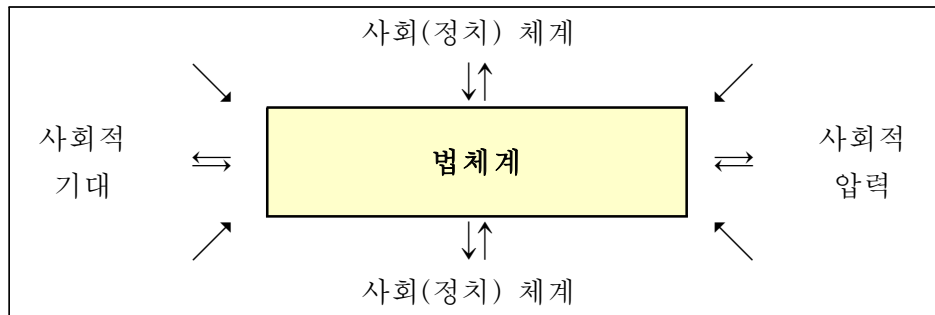
법은 사회(정치) 환경의 영향을 받는다. 즉, 법체계(legal system)는 외부의 사회 환경과 절연된 것이 아니다. 법원리 논증을 활용한 판결은 법체계와 주변 환경과의 교류를 가능하게 한다<sup>36)</sup>. 법원리를 활용하여 법체

---

36) 이 경우 법원리 논증은 법의 정의관념을 드러내는 지표로서 기능한다. 물론, 일반 국민의 법감정 등을 있는 그대로 법원리라고 이해하는 것이 아니다. 법감정을 법체계 내부의 규범자원으로 승인'하는 매개체가 법원리라고 접근한다. 보편타당한 상식이나 국민일반의 법감정과 같은 예비규범 자원을 사안판단 규범으로 승인받게 하는 도구로 법원리를 이해할 수 있다. 단순한 관행 및 사회적 의지 결집을 법으로 보기는 어려우며, 그러한 내용이 법규범으로 인정받기 위해서는 법관의 승인이 필요한데, 그러한 승인을 위하여 법원리가 기능한다고 이해하고 있다. 즉, [재료 : 도구 = 법감정 : 법원리] 라는 관계의 도식으로 간략히 정리할 수 있다.

계 내부의 구성과 외부의 환경이 교류함으로써 법체계의 폐쇄성은 극복된다.

〈그림 1-4 : 법체계와 사회체계〉

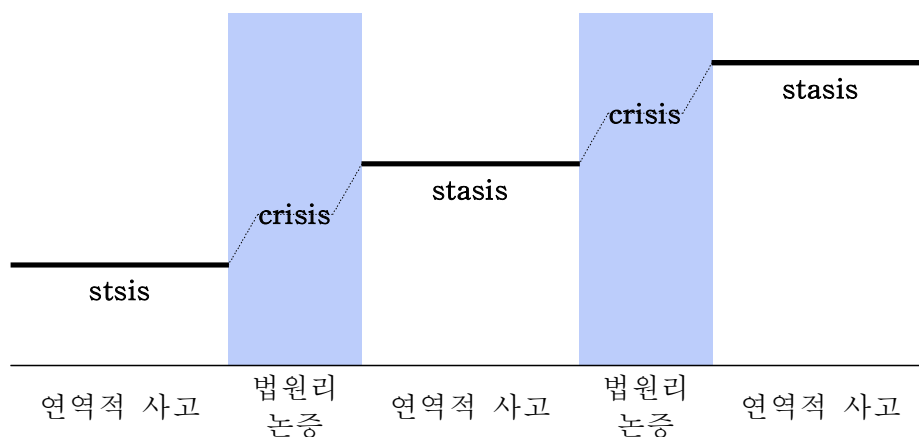


법원이 법체계 내부의 규범자원에 따라 문제사안을 해결하지 않고 외부의 예비규범 자원을 유입하여 결정을 산출하는 이유는, 사회적 환경의 변화에 적절하게 반응하고 기존 규칙의 내용보완 및 모순 제거를 위해서이다. 법원은 법외(法外)적인 -보다 엄밀히 말하면 법체계 내부에 존재한다고 표상되지만 실제로는 외부의 예비규범 자원을 포섭하고 매개하는 방식으로 작동하는- 법원리를 활용함으로써, 법원은 법의 목소리가 들리지 않는 영역, 법의 목소리가 모순된 결과를 지시하는 영역에서 적합한 결론을 산출할 수 있다. 즉, 법체계는 법원리를 활용함으로써 법적 판단을 위한 논거로서 외부 자원을 유입할 수 있다. 법체계가 기존의 내부적 구성자료, 법규칙에 의거해 문제사안을 해결하지 않고 외부 자원을 유입하여 결정을 산출하는 것은 법체계가 위치한 우리 사회의 변화에 적절하게 반응하고 법체계 내부에 존재하는 기존 규칙의 보완 및 모순 제거를 위해서이다.

## 6. 불안정상태(crisis)와 안정상태(stasis)

본 연구에서는 법원리를 활용한 판결과 그로 인한 법의 실질적 변화 등 법체계의 동태적인 특성이 주로 부각되었다. 불안정상태(crisis)는 법규범 실질의 변화가 발생하는 단계를 의미한다. 슈미트<sup>37)</sup>와 아감벤<sup>38)</sup>의 연구에서 일부 영향을 받았으나 슈미트나 아감벤의 이론에서 말하는 의미의 ‘비상사태’나 ‘예외상태’는 아니다. 슈미트와 아감벤은 법이 정지되는 비상상태를 말하고 있으나, 본 연구의 불안정상태(crisis)는 일상적 환경에서 발생하는 변화를 의미한다.

〈그림 1-5 : 법체계의 유지와 변화 단계〉



법체계에 대한 큰 위협과 도전이 제기되는 것이 아니라, 사회체계의 규범 자원들을 법체계 내부로 옮겨와서 흡수하기 위한 의미생성 판결이 일어나는 때이다. 그에 반하여 안정상태(stasis)는 법원이 ‘해석적’ 논증 작업을 통해서 법규범의 재확인을 통해 그 실질적 내용이 유지되는 상태를 의미한다.

37) 칼 슈미트 著, 김도균 譯, 『합법성과 정당성(Legalitaet und Legitimitaet)』, 도서출판 길, 2015

38) 조르조 아감벤 著, 김항 譯, 『예외상태』, 새물결, 2009

## 제 2 장 법체계와 법원리

### 제 1 절 법체계와 법의 개념

#### 제1항 법체계의 구성

##### 1. 질서를 따르는 통일체

법은 개별적으로 존재하는 것이 아니라 “하나의 체계(system), 질서(ordnung)를 이루며 존재<sup>39)</sup>”하며, 하나의 법률 안에서도 체계적 완성을 지향하고 있다.<sup>40)</sup> 상호 연관과 위계에 따라 조직되어 있는 사회 전반의 법규범은, 최고 상위법의 위상을 가지는 헌법의 질서 하에 체계를 이루며 존재한다.

법체계<sup>41)</sup>라는 사고의 틀은 제정법 위주의 법계이전, 보통법계이전 보편적으로 인정된다. 특정 사안에 적용할 성문법이 무엇인가 하는 제정법적 체계에서는 물론, ‘전체적인 법질서(the law)’에 따라서 사안을 해결하

---

39) 다만, 법체계가 완전한 질서와 조화를 이루지는 않아서, 규범 충돌의 문제가 종종 발생하곤 한다. 오세혁(2002)의 연구도 이를 명확히 하고 있다.

: “우리는 이러한 규범체계(Normensystem)가 통일적으로 잘 구성되어 규범들이 서로 조화롭게 공존하기를 기대하지만, 현실은 그렇지 못하다. 특히, 일반규범을 구체화하는 과정에서 그와 충돌하는 규범, 또 서로 충돌하는 개별 규범은 드물지 않게 성립한다.” (오세혁, “규범충돌 및 그 해소에 관한 연구”, p.1)

40) 법을 비롯한 규범은 개별적으로 존재하는 것이 아니라 하나의 질서·체계로서 존재하며, 다른 규범 체계와도 직·간접적으로 서로 관계를 맺고 있다. 법원은 구체적인 사안의 해결과 법체계의 통일성을 위하여 충돌하는 규범 중 어느 하나(혹은 하나 이상)를 실질적으로 폐기하는 작업을 수행한다. (오세혁, “규범충돌 및 그 해소에 관한 연구”, pp.170-171)

41) 법원리를 논거로서 활용한 법형성 판결의 구체적인 면면을 분석하기 이전에, 법체계(legal system)를 먼저 검토하는 이유는, 법원의 결정으로 유발되는 법의 실질의 내용 구성에 일어나는 변화를 우선 거시적 구조에서 분석하기 위한 것이다.

는 보통법의 체계에서도, 총체적인 법체계라는 관념이 전제되어 있다<sup>42)</sup>.

“법에 접근함에 있어서, 우리는 통일적 체계 - 특히 대륙법 전통에서는 통일적인 법체계(the unity of a system) 개념을 통해 법률 문언을 특정한 사안에 적용하는 것이 가능하다고 본다 - 를 상정한다. 당연하게도, 우리는 우리가 마주하는 모든 문제들이 미리 법적으로 재단되어(pre-formulated) 있거나 그에 관한 결정이 이미 도출되어 있지는(pre-determined) 않다는 것을 잘 알고 있다. 보통법은 문제사안을 해결하기 위해서 연역적 방식을 사용하기보다는 유사한 사안의 해결을 참고하는 유추의 방식을 사용한다. 그러나 보통법 사고방식 역시도 선존(先存)하는 기왕의 여러 결정 중 어떠한 결정을 참고하여 올바른 결정을 내릴지 정하기 위해서는 체계적인 구조를 상정해야 한다.”<sup>43)</sup>

법원 결정에서 논거로 동원되는 법은 하나의 조항을 분리·절연하여 접근되는 것이 아니다. 법관은 법 조항 전체를 유기적·체계적으로 종합하여 해석<sup>44)</sup>한다. 국내 판결에서 법체계 관념은, “법률해석은 국가의 최고 규범인 헌법을 법률해석의 기준으로 삼아 법질서의 통일을 기하여야” 한다는 표현을 통해 거듭 확인된다.<sup>45)</sup>

우리나라 법원은 법은 헌법의 질서를 정점으로 하여 상위규범과 하위규범의 체계적 구조를 이루고 있음을 다음과 같이 강조한다.

---

42) 법의 영역과 계통을 막론하고, 상하위법의 규칙과 위계(hierarchy)는 헌법과 법률, 하위법령, 조례와 지침, 계약 등의 층위 구분을 통해 드러나는 체계로서의 법에 대한 이해는 보편적이다.

43) Ladeur, Karl Heinz, "The Theory of Autopoiesis as an Approach to a Better Understanding of Post-modern Law: From the Hierarchy of Norms to the heterarchy of Changing Patterns" p.7

44) 헌법재판소 전원재판부 2004. 10. 28. 선고, 2002헌바41 결정

: “이 사건 금지조항의 본문과 학교보건법 제5조 제1항을 고려하면 “대통령령이 정하는 구역”은 학교경계선으로부터 200미터 안에서 정하여질 것임을 알 수 있고, “학습”과 “보건” 그리고 “위생”의 의미가 불명료하다고 할 수는 없으며, “학습과 학교보건위생에 나쁜 영향을 주지 않는 행위 및 시설”은 이 사건 금지조항의 입법취지와 학교보건법의 관련 법률조항 전체를 유기적, 체계적으로 종합해 보면 어떠한 행위와 시설이 위 단서에 해당하는 행위와 시설인지는 어렵지 않게 예측할 수 있으므로, 위 단서가 포괄위임금지원칙에 위반된다고 할 수 없다.”

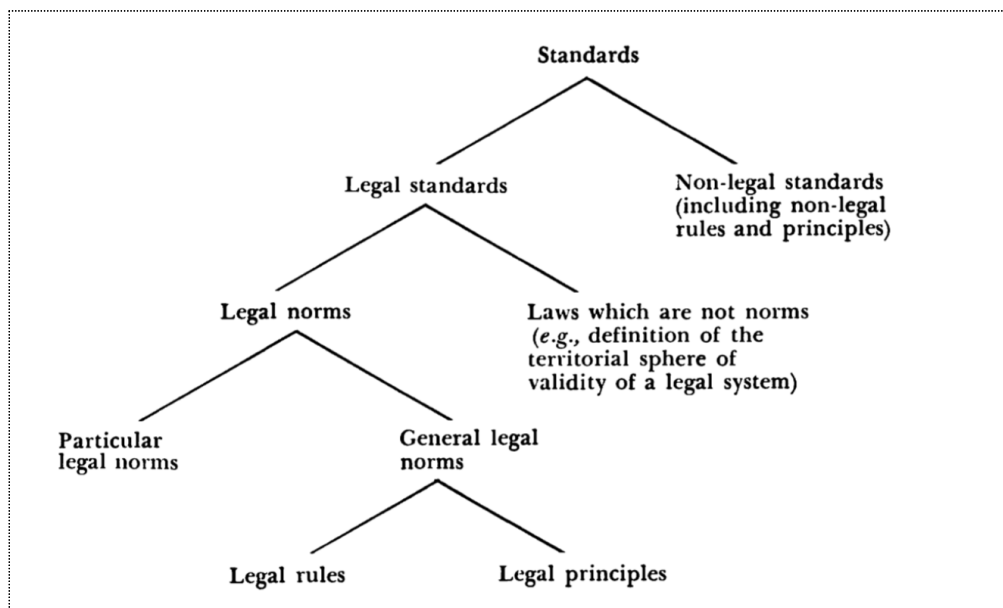
45) 대법원 2006.06.22. 자 2004스42 전원합의체 결정 보충의견(대법관 김지형)



국가의 법질서는 헌법을 최고법규로 하여 그 가치질서에 의하여 지배되는 통일체를 형성하는 것이고 그러한 통일체 내에서 상위규범은 하위규범의 효력근거가 되는 동시에 해석근거가 되는 것이므로, 헌법은 법률에 대하여 형식적인 효력의 근거가 될 뿐만 아니라 헌법규정에 포함된 법의 원리는 입법을 지도하는 원리로서 법률의 해석·적용에 있어서 당연히 고려되어야 하는 것이다.”<sup>46)</sup>

법 규범(legal norm) 내지 법 명제(legal proposition)는 고유한 속성 및 활용되는 맥락에 따라 법규칙, 법규준, 법원리 등 다양하게 분류된다. 추상화 수준에 따라 이를 나열하면 법규칙(legal rules), 법규준(legal standard), 법원리(legal principle) 순서로 배열된다<sup>47)</sup>.

〈그림 2-1 : Raz의 규범 구분<sup>48)</sup>〉



Raz는 법체계에 관한 연구를 통해<sup>49)</sup>, 법의 존부, 법의 정체성, 그리고

46) 대법원 1997. 3. 20. 선고 96누1382 전원합의체 판결 반대의견

47) 하지만 모두가 이러한 순서로 정리하는 것은 아니다. Raz의 경우에는 principle → norm → rule 순서로 추상적 상위규범에서 구체적 하위규범으로 정리한다.

48) Raz, Legal Principles and the Limits of Law, p.824

법의 구조와 내용을 살펴볼 수 있다고 한다. 당연하겠으나 추상화 수준이 높을수록 해당 규범이 지시하는 내용에 관해서는 다양한 해석이 가능하다. 법적 결정에서 법원리가 등장하는 경우, 법질서의 지도이념, 정의에의 부합, 법의 근본 질서와 같은 불명료한 표현들이 사용된다.

## 2. 실질적 법체계와 형식적 법체계

법체계는 법적 논증의 결과물이 집적되어 형성된 총화라고 할 수 있다. 법체계에 관한 안준홍의 연구(2010)<sup>50)</sup>는 다양한 학자들의 관점을 크게 양분하여 법체계를 ‘형식적 법체계’ 모델과 ‘실질적 법체계’ 모델로 구분한다. 형식적 법체계 모델이나 실질적 법체계 모델이나는 법실증주의 내지 자연법주의 관점과 연계되어 있다. 법실증주의 학자들은 ‘형식적 법체계’ 모델을 주장하였고, 형식주의 법체계는 ‘사회적 사실’로서 확인되는 제정법, 판례, 관습법 등으로 구성되는 체계로, 즉, 가시적(可視的)인 법규칙의 총화로서 이해한다. 그에 반해 자연법주의 학자들은 ‘실질적 법체계’ 모델을 설명하였다. 형식적 법체계 모델을 주장한 대표적인 논자로는 Kelsen, Hart, Raz를 들 수 있으며, 실질적 법체계 모델을 주장한 대표적인 논자는 알렉시와 드워킨이 있다.

가시적인 규칙을 법체계로 구성 요소로 보는 ‘형식적 법체계’의 관점과는 달리, 도덕과 가치를 법체계의 내부 구성요소로서 보는 것은 ‘실질적 법체계’의 관점이다. 자연법주의, 혹은 비실증주의에서 이해하는 법의 개념과 법원의 기능은 법실증주의에서 이해하는 법의 개념 내지 법원의 수

---

49) Raz, J., The Concept of a Legal System, p.43

“이상적으로 볼 때, 법체계 이론들은 보다 일반적인 규범 이론의 한 부분으로서 바라보아야 한다. 하지만 지금과 같이 일반 이론이 혼란스러운 상태인 경우에는 법체계 이론을 따로 독자적으로 구분하여 보다 맹렬하게 탐구하는 것이 낫다. 하지만 일반적인 규범 이론에서 법체계 이론만을 따로 떼어내어 보는 것은 완전한 설명을 제공하지는 않는다. 일반 규범 이론에 기초하여 법학을 이해할 때 깊이 있는 사유가 가능하다.”

50) 안준홍, “형식적 법체계모델과 실질적 법체계모델”. 외법논집 제34권 제4호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2010

행 기능과 판이하다. 비실증주의는 법은 단순히 입법자의 명령, 실정법으로만 한정할 수 없으며 법의 내재적 가치, 다시 말하여 법과 도덕의 필연적 연계성을 주장한다. 이러한 비실증주의 관점에서 바라볼 때, 법원이 법규의 엄밀한 해석·적용 외에 보다 포괄적인 근거를 동원하여 법적 결정을 산출하는 것은, 우리의 이성을 통해 보다 완성된 형태의 자연법을 ‘발견’하고 확인하는 작업이다.

〈표 2-1: 실질적 법체계 對 형식적 법체계〉

실질적 법체계	형식적 법체계
비실증주의	법실증주의
드위킨, 알렉시	켈젠, 하트, 라즈, 토이프너

독일 법원의 경우 Soraya 판결 등 “법(Recht)”과 “법률(Gesetz)”을 구분하는 태도는 자주 관찰된다. “법에 있어서 실정법을 넘어서는 무엇(ein Mehr an Recht)”과 같은 표현은 이를 명확하게 전달한다.

“권력분립 및 법치국가의 핵심적 요소로서 ‘법관은 법률에 따라서 재판하여야 한다’는 전통적인 법률기속원칙은 독일 입헌민주주의 법체계에서는 ‘법원의 판결은 법과 법률에 구속된다(독일 헌법 제20조3항)’으로 변형되었다. 이는 [독일 법체계가] 협소한 법률 실증주의적 입장을 거부하고 있음을 나타낸다. ‘법과 법률’이라는 표현은 실정법(Gesetz)과 법(Recht)이 실제에서는 대체로 서로 중첩되기는 하지만, 법이 실정법으로 환원될 수는 없다는 일반적인 인식을 보존하고 있다. 즉, 법은 실정법규들 총합 이상의 무엇을 포함하고 있다는 것이다. 국가가 제정한 실정법 이상의, (...) 의미 전체로서 입헌적 법질서 내에 그 근원을 두고 있는, 법에 있어서는 실정법을 넘어서는 무엇(ein Mehr an Recht)이 존재할 수 있고, 이것은 국가권력에 의해서 제정된 실정법규에 대해서 교정자로서의 역할을 한다. 법에 있어서 실정법 이상의 무엇’을 찾아내어 판결에

서 구체화하는 것이 바로 법원의 과제이다. (...) 다시 말하면 법원의 과제는 입헌적 법질서에 내재해 있지만, 실정법의 문언으로 표현되지 않고 있거나 불충분하게 표현된, 가치들 및 규범들을 (가치)평가적 활동을 통하여 (...) 분명하게 드러내어서 판결에서 구체화하는 것이다. 법원은 이때 자신의 개인적인 자의적인 견해로부터 벗어나서 합리적인 논증에 자신의 판결을 근거지어야 한다. (...) 법원의 결정은 실천이성의 기준과 사회에서 타당하다고 인정된 일반적 정의관념에 따라서 법률의 흠결을 보충하여야 한다는 것이다.

(Soraya 판결, BVerfGE 34, 269=NJW 1973, 1221)<sup>51)</sup>

이와 비슷한 견지에서 Larenz와 Canaris는 권리능력 없는 사단에 관한 독일 연방대법원의 판결을 분석하면서 해당 판결을 두고, 법(Recht)과 법률(Gesetz)을 구분하여, 해당 판결이 ‘법률에 반하는 결정(contra legem)’이기는 하지만, ‘법에 반하는 결정(contra jus)’은 아니라고 평가하였다<sup>52)</sup>. 이는 법률(legal)과 법(jus)의 개념을 구분함으로써, 실정법을 넘어서는 ‘법’을 상정하고 있음을 보여준다. 라렌츠와 카나리스가 생각하는 ‘법’은 실정법에 가미하여 시대적 변화와 맥락적 합리성 등이 반영된 것이다<sup>53)</sup>. 우리나라 판례에서도 ‘입법정신’과 같은 표현을 통해서 실정법을

51) 김도균, “근대 법치주의의 사상적 기초: 권력제한, 권리보호, 민주주의 실현”, 법치주의의 기초: 역사와 이념, 서울대학교 출판부, 2006년, p.31에서 재인용

52) Larenz & Canaris, 법학방법론, pp. 312-314

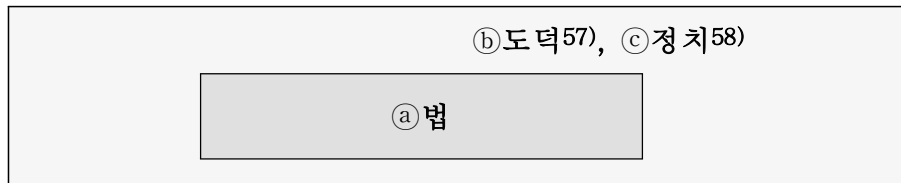
“독일연방법원의 판결은 아마도 그것이 법률의 문언이 아니라 의심할 여지없이 명백히 표현된 역사적인 입법자의 의도에 반하기 때문에 비판을 받는다. 판결은 다행히 이 점을 감추려고 하지 않았다. 입법자에 의해 의심할 여지없이 의도된 규율을 고려한다면 이 판결은 “법률에 반하는 결정(contra legem)”이기는 하다. 그러나 현재 법질서의 발전된 상태 그리고 사법과 또한 최소한 부분적인 영역에서의 적극적인 소송당사자 능력을 인정한 새로운 입법에 비추어 본다면 이 판결은 “법에 반하는 결정(contra ius)”은 아니다. 이 판결은 사실상 권리능력 없는 사단의 조합적인 구조라는 “사물의 본성”뿐만 아니라 불가피한 실무적 필요 그리고 특히 실체법에서의 실무와 이론에서의 권리능력 없는 사단의 오늘날의 취급을 고려한다. 그러므로 필자가 보기에 이 판결은 매우 자명한 것이고 그것도 사법에게 허용된 법률을 변경하는 법형성의 한계 내에 있는 것 같다.”

53) 이러한 관점이 보여주는 흥미로운 특징은, 법(jus)은 시대적 변화가 (이미) 반영되어 있는 개념이며 사회적 필요성이 투영된 동태적이고 가변적이라는 것이 전제되어 있다는 점이다.

넘어서는 법의 개념이 종종 관찰된다.<sup>54)</sup>

이에 반하여 법실증주의에서 설명하는 법은, 제정법, 판례법, 관습법의 법원(法源)으로 구성된다. 성문법과 판례법<sup>55)</sup>은 판단의 준거 혹은 제약 요인으로 작용한다. 선례 중심의 법 발견은 “대륙법계의 법률가에게는 법률이 행하는 버팀목의 역할을 영미법계에서는 동급의 또는 상급의 법원(상원, 상소법원)이 내린 과거의 판결이 수행”<sup>56)</sup>하는 모습을 보인다. 이에 비실증주의에서 설명하는 법은 실정법 외에도 도덕적 근본원리 등과 같은 내용들을 법으로서 인정하고 있다.

〈 그림 2-2 : 법과 도덕·정치의 관계 〉



실질적 법체계와 형식적 법체계 양자의 차이를 상기와 같은 도해를 통해 명확하게 식별할 수 있다. 형식적 법체계는 ①법과 ②정치 및 ③도덕의 경계를 엄격하게 구분한다. 하지만 실질적 법체계는 그 경계선이 명확하지 않은 경우가 많다. 실질적 법체계에서는 도덕적 판단과 정치적 지지가 법적 기준으로 표현되는 경우가 상당수 존재한다. 그러나 형식적 법체계는 ②정치와 ③도덕의 영역에 존재하는 판단의 잣대에 따라서 일정한 결론을 도출하는 경우, 법이 아닌 법외(法外) 자원이 활용되었다고

54) “입법정신을 해하지 않는 범위 내에서 합리적으로 해석한다(78도246 판결 다수의견 등).”

55) 판례를 법원(法源)으로 이해할 것인지, 법인식원(法認識源)으로 이해할 것인지에 관해서는 다각적인 논의가 전개되고 있으나 현실적 규범력이라는 측면에서 본 연구에서는 판례법을 법원(法源)으로 분류한다.

56) Karl Engisch 著, 안법영/윤재왕 譯(2011년), 법학방법론(Einführung in das uristische Denken), pp.308-309 : 엥기쉬는 여기에서 라트부르흐의 말을 인용하고 있다.

57) 개인적 차원의 가치, 판단의 기준과 정향(定向)을 의미한다.

58) 일정한 수준 이상의 공감대를 형성하고 사회적 지지를 얻은 경우를 의미한다.

평가한다. 만약, 그러한 기준이 법의 이름으로 불리기 위해서는, 먼저 ㉔의 영역, 다시 말해서 법의 범주 안으로 일정한 절차에 의해서 유입되고 공인되어야 한다.

법을 가시적으로 확인 가능한 사회적 실천, 즉 성문법·판례법·관습법으로 이해하는 법실증주의 입장에서 바라보는 법의 변화는, 문자 그대로 새로운 내용의 법이 법원의 결정에 의해 ‘유입’되는 것이다. 법원이 성문법의 상세부연과 단순적용을 뛰어넘는 결정을 산출하는 것을 비실증주의 입장에서는 볼 때에는 이성의 목소리를 따르는 것이지만, 법실증주의 관점에서는 일정한 권능을 수여받은 국가조직인 사법기관의 기능수행 내지 권한행사에 따라 판례법이 형성되는 것이다. 정치와 도덕의 영역에 있는 예비규범 자원이 법의 영역으로 넘어오는 과정에서 판례법은 많은 역할을 한다.

### 3. 경계선 : 법실증주의와 비실증주의

‘법체계(legal system)’라는 표현을 사용하면서 우리가 개념적으로 전제하는 것은 체계의 ‘내부’와 체계 ‘외부’의 개념이다. 즉, 법규범의 조직적 구성물인 법체계가 존재하는 경우, 해당 법체계는 주변 환경과 구별되어 존재한다. 특히 형식적 법체계의 경우 ‘법’과 ‘법이 아닌 것’을 엄격하게 구분함으로써 이러한 체계적 경계에 관한 구분이 두드러진다.

“법을 특수한 규범체계로 보면 법에 속하는 규범이 무엇인지, 그래서 법과 법 아닌 규범들 사이의 경계가 어디인지를 밝혀야 한다. 경계가 없다면 체계도 없기 때문이다.<sup>59)</sup>”

법체계의 내부와 외부라는 ‘경계’ 혹은 ‘영역’의 관념은 법체계의 개념에 수반되는 것이라고 할 수 있다.<sup>60)</sup> 다만, 형식적 법체계와 실질적 법체

59) 안준홍, “형식적 법체계 모델과 실질적 법체계 모델, 2010, p.276의 각주 4번

60) 안준홍, 전제서(주56), p.276의 각주 4

계는, 법체계의 내부와 외부의 영역을 이해함에 있어서 차이가 있다. 법체계의 내부와 외부를 나누는 경계선<sup>61)</sup>을 어디에서 긋느냐에 따라서 비실증주의와 법실증주의는 이해를 달리 한다.

비실증주의(자연법론)에서 바라보는 법체계는 도덕의 근본원리 및 사회적 정의관념이 법체계 내부에 존재한다. 그러나 법실증주의에 의하면 법체계 내부의 구성 요소들은 성문법, 판례법, 관습법이다. 따라서 비실증주의에서는 법체계 경계에서 내부로 상정하는 도덕적 가치나 형평과 정의의 관념은 법체계 외부에 존재하게 된다. 법실증주의는 성문법, 판례와 같은 우리 사회의 가시적(visible)인 법을 법체계를 구성하는 내용으로 보고, 가시적이지 않은 규범은 법체계 외부 영역으로 구분한다.

법실증주의 관점에서 법체계를 형식적인 법체계로 바라보고 있기 때문에, 본고는 법체계 ‘내부’와 ‘외부’라는 구분의 틀을 사용함에 있어서, 법체계 내부에는 실정법만을 규범자원으로 포함하는 것으로 전제한다<sup>62)</sup>.

이처럼 법체계의 내부와 외부를 구분하는 것은, 법적 논증을 살펴봄에 있어서 보다 체계적인 이해를 도모하기 위함이다. 법체계 내부와 외부를 구분함에 따라, 법적 논증 역시도, 실정법체계 내부의 규범자료만을 활용한 논증과, 법체계 외부의 예비규범 자원까지 논증에 함께 활용한 논증으로 살펴볼 수 있다. 논증에 활용되는 논거가 법체계 내부에 있는 것인지 아니면 외부에 있는 것인지에 따라 유형 구분을 시도할 수 있다.

법체계는 규범적 현존의 법적 안정성을 유지하고 있으나, 사회적 필요와 요청에 따라서 그 실질적 구성 내용이 변화하는 경우도 있다. 법률에 반하는 법형성 판결 등이 그러한 변화의 계기가 된다. 법해석 논증에 따

---

61) 형식적 법체계 이론 중 Hart와 Raz의 승인(recognition)을 통하여 법체계의 내외(内外) 경계가 간접적으로 드러나고 있다.

62) 다만 법체계의 경계 - 법의 영역 - 는 항상 고정불변의 것은 아니며, 시대와 사회 변천에 따라 가변적이다. 일례로, 종교적 규율이 법체계의 영역 내에 위치한 사회가 상당수 존재하였으나 근대 이후 대부분의 사회에서 종교적 규율은 법체계의 내부에 위치하지 않는다. 또한 그와 반대로, 인권존중 및 인종차별금지, 구휼을 위한 사회보장적 의무 등 법체계 외부의 도덕적 기준이 내부의 기준으로 편속되는 경우도 있다.

라서 결론이 도출되는 명백한 사안의 경우에는 법체계 경계 너머를 살필 필요가 없다. 하지만 논리연역적인 논증으로 답을 구할 수 없는 경우에는 적합한 결론을 도출하기 위하여 법체계 외부의 논거를 끌어오게 된다. 법관이 실정법체계의 내부 논거 외에 외부의 논거에 의거한 판단을 내리는 경우 법원리는 외부의 자원을 판단의 근거로서 활용 가능하게 하는 기능을 수행한다.

## 제2항 법의 개념

### 1. 법의 연원과 개념

논증에 동원되는 법의 연원(淵源), 법원(legal sources) 내지는 법적 판단의 기준이 무엇인가 하는 논의는 ‘법이 무엇인가’하는 질문과도 필연적으로 연계된다. 우리가 법을 파악할 때, 법(law)과 법이 아닌 것(non-law)의 구별이 중요하다. 이 둘의 구분이 무엇을 기준으로 하는 것인가를 따져보고, 법획득이 이루어지는 방식을 검토할 필요성이 있다. 예컨대, 법해석의 경계를 넘어서는 법형성 결정을 이해하고 어떻게 그를 수용할 것인지를 검토하기 위해서는, 우선 ‘법이 무엇’이며 ‘법은 어떻게 획득’되는가 라는 기초적 내용을 확인할 필요가 있다. 기초적 토대를 확인한 연후에 법형성 결정의 의의에 관하여 보다 정확하고 충실한 논의가 가능할 것이다.

사회학적 접근 방식을 통해서 법 개념을 이해하는 경우, 사회 안에는 공동체의 유지·운영을 가능하게 하는 수많은 규범이 존재하며, 그러한 여러 규범들 중 법이라는 범주로 묶이는 것들은, 해당 규범에 관한 준수 의무가 강제되고 일탈 시에는 불이익과 제재가 가해지는 경우이다. 베버(Weber)에 따르면, 법적 질서는 “특정한 명령을 준수하게 만들거나 질서 위반을 제재하기 위하여 물리적·심리적 강제 수단이 적용되리라는 것이



보장되어 있는 질서<sup>63)</sup>”이다. 법적 질서는 사회적 권위에 의하여, 즉 명령 권한과 복종의 의무에 의하여 구현된다.<sup>64)</sup> 즉, 법의 지배는 “어떤 명령에 따라서 사람들이 복종을 하는 개연성<sup>65)</sup>”이며, 이러한 특성이 사회의 제반 규범 중에서도 법규범을 구분하는 중요한 기준이 된다. 규범의 준수가 관철되는지, 즉 규범이 준수되지 않는 경우 ‘국가적으로 조직화된 강제<sup>66)</sup>’가 수반되는지가 법규범을 특징짓는 중요한 지표이다. 다만, 법이 여러 사회규범 중에서 법규범의 지위를 얻게 되는 과정은 단순한 강압에 의한 것이 아니라 행위주체, 사회 구성원들의 실천에 의하여 타당성을 가지는 경우가 많다. 특히 관습법은 사회 구성원들이 행하는 ‘실천적 타당성<sup>67)</sup>’에 따라서 법규범이 된다.

사회학적 관점에서 법(law)과 법이 아닌 것(non-law)의 구분, 법규범과 결부된 이행의 강제력, 그리고 사회 구성원들의 규범 준수라는 참여 행위를 통해서 보증되는 실천적 타당성이라고 할 때, 법학에서 법(law)과 법이 아닌 것(non-law)의 구분을 위하여 방점을 찍는 내용은 다른 곳에 위치한다. 즉, “악법은 법인가?”라는 오래된 질문과 결부된 법과 도덕 가치의 연관성에 관한 것이다. 법과 도덕의 관계를 묻는 이 질문에

63) Max Weber, *Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology*, 1968, p.34

64) 베버는 지배를 두 가지 유형으로 구분하여, 이해관계에 바탕을 둔 지배와, 권위(명령권한과 복종의 의무)에 바탕을 둔 지배로 나누었다.

65) Max Weber, *전개서*(주 60), p.53

66) Robert Alexy 著, 이준일 譯, *법의 개념과 효력*, pp.122-124

“규범은 준수될 때 또는 준수되지 않은 경우에 제재가 가해질 때 사회적으로 효력을 갖는다. (...) 사회적 효력 개념의 문제를 설명하는 것은 법사회학의 영역에서 이루어진다. 효과성에 대한 연구라는 경험적 문제 제기는 구체화를 반드시 필요로 한다. 여기서는 세 가지 통찰로 충분하다. 첫째로, 사회적 효력이란 정도의 문제라는 점이다. 둘째로, 사회적 효력이란 준수와 비준수에 대한 제재라는 두 개의 기준에 따라 인식될 수 있다는 점이다. 셋째로, 법규범의 비준수에 대한 제재는 물리적 강제의 행사를 포함하고, 발전된 법체계에서 그러한 강제란 국가적으로 조직화된 강제를 말한다는 점이다.”

67) Max Weber, *전개서*(주 45), p.323

“특정 행위를 지속적으로 반복한 결과, 사람들은 해당 규범을 바라볼 때 그것이 더 이상, 단지 관습이나 인습이 아니라 강제를 요구하는 법적 의무라는 생각을 할 수 있다. 이렇게 실천적 타당성을 가지게 되는 규범은 관습법이라고 불린다.”

어떠한 답을 제시하느냐가 비실증주의자와 법실증주의자를 구분하는 분기점이 된다.

자연법론자들의 법과 도덕이 ‘결합’을 주장하는 반면, 법실증주의자들은 법과 도덕의 ‘분리’를 주장한다. 법실증주의자들이 법의 개념적 구성요소로서 법으로서의 권위와 실효성을 강조하고 사회적 실행으로서의 법개념을 주장하는 반면, 자연법론자들은 법을 “공동선을 목적으로 하는 이성적 규범<sup>68)</sup>”으로 이해하며 법의 내용적 도덕성을 법과 법이 아닌 것을 구분하는 개념적 표지로서 강조한다.

## 2. 이성과 법

비실증주의, 즉 자연법이론은 법의 ‘이성’적 측면을 강조하였으며, 인간의 선형적 이성이 세상의 섭리를 이해하여 그것을 규범적으로 발현한 것이 자연법이라는 입장을 견지하여 왔다<sup>69)</sup>. 자연법의 ‘자연’은 인간의 본유적 ‘이성’을 강조하는 의미이며, 법은 인간에게 당연한 ‘규범적 이성’이다. 자연법은 “우주의 본질에 근거하고 이성에 의해 인식될 수 있는 어떤 객관적 규범원리<sup>70)</sup>”이다. 자연법이론을 대표하는 아퀴나스는, “진정한 법은 자연(自然)과 합치하는 올바른 이성이다. 그것은 보편적으로 적용되고, 변할 일 없이 영원히 계속된다. (...) 하나의 영원불변한 법이 모든 나라, 모든 시대에 타당”하다고 하면서, 자연법사상의 고전적 원류를 집약적으로 보여준다. 실정법은 자연법의 원리들로부터 도출된 것이므로

---

68) 박은정, 자연법의 문제들, p.124

69) 박은정, 자연법의 문제들, 2007, p.256

“자연법론자들은 인간의 본성에서 결정적인 요소는 이성일 수밖에 없다고 보았다. ‘인간에 의한 제정’이라는 실정법의 법으로서의 성격이 입법에 있어서의 ‘의지’라는 요소와 ‘강제력’의 요소에 있다면 자연법의 법으로서의 속성은 ‘이성’에 놓이는 것이다.”

70) 박은정, 자연법의 문제들, 2007, p.1

“만약 입법자에 의해서 제정된 실정법의 내용이 이에 합당하면 정당하다고 생각하고 또 승인하지만, 실정법이 이 법이념에 합치하지 않으면 부당하며 그래서 비판을 받아 마땅하다고 생각할 뿐 아니라 심지어는 저항의 대상이 된다고 보았던 것이다. (...) 그것은 우주의 본질에 근거하고 이성에 의해 인식될 수 있는 어떤 객관적 규범원리가 있다는 데 대한 줄기찬 주장이었다.”

상위의 자연법에 위배되는 실정법은 그 법규성이 당연히 부인되는 결과를 낳는다.

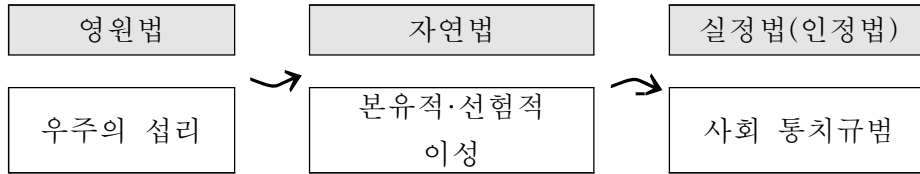
“아퀴나스는 고대 로마법학과 스토아학과의 자연법론을 계승하여 법이 위계 질서를 영구법(*lex aeterna*), 자연법(*lex naturalis*), 인정법(*lex humana*), 신성법 또는 성경법(*lex divina*)의 네 유형으로 분류한다. 영구법은 기타의 세 유형의 법들의 바탕을 이루며, 우주의 지배자로서의 신이 인식하고 계획하고 명하는 것을 내용으로 한다. 물리적 법칙과 도덕원리들 모두가 영구법에 포함되는데, 인간은 그 내용을 불완전하게 인식할 뿐이며 불완전하게 인식한 내용조차 여전히 불확실할 뿐이다. 모든 종류의 합리적 법이나 원리들은 모두 이 영구법에서 연원한다. (...) 인정법은 입법자가 인간사회의 조직과 통치를 위하여 고안하여 제정한 법이며, 자연법의 원리들로부터 도출된 것이며 자연법에 의존한다. 신성한 법은 영구법이 기독교의 성경에 명시적으로 표현되어 나타난 도덕규범들과 법규범들로서 인간생활에 필수불가결한 기준으로서 인간의 생존과 행위의 구체적 내용들을 제시하고 있는 규범들이다.<sup>71)</sup>”

객관적 이성을 강조하는 아리스토텔레스가 「법률」에서 말하는 법(*nomos*)은, ‘현실 속에 존재하는 이성(*logos in reality*)’으로서 정치공동체를 다스리는 비인격화된 합리적 권력이다. 자연법론자들은 자연의 객관적 질서를 무시하고 멋대로 하지 않는다는 법의 ‘자연적 비자의성(非恣意性)’을 강조한다. “부정의한 법은 실제로는 법이 아니다(*lex injusta non est les*)”라고 주장한 아우구스티누스(*Augustinus*)부터 시작하여 ‘법률적 불법’을 말한 라드부르흐, 모든 문제에는 정답(*the right answer*)이 있다고 생각한 드워킨(*Dworkin*)에 이르기까지 일군의 법학자들은 자연법을 지지한다.

---

71) 김도균, “근대 법치주의의 사상적 기초: 권력제한, 권리보호, 민주주의 실현”, 법치주의의 기초: 역사와 이념, 서울대학교 출판부, 2006년, pp. 63-64

〈 그림 2-3 : 자연법이론의 법 개념 위계 〉



자연법론에서 ‘악법은 법인가’라는 질문에 답할 때, 인간의 본성과 우주의 근본 섭리를 거스르는 ‘악법은 법이 아니다’. 자연법의 제1원리이자 근간은 보편타당한 “선을 행하고 악을 피하라”라는 가르침이기 때문이다.

악법은 법이 아니라는 자연법의 논리는 나치 시대의 국적박탈을 무효화하는 독일 연방재판소 1968년 판결에서 두드러지게 관찰된다. 해당 판결에서 독일 법원은 제3제국의 법을 ‘가치 방임적 법률실증주의’라는 언표를 통해 개탄하고 비판한다. 이는 법은 가치를 ‘방임’해서는 안 된다는 것, 다시 말하면 특정한 가치 영역을 반드시 고수해야 한다는 것이 당연히 전제되어 있다. 제3제국의 법은 악법이기 때문에 실상 법이 아니며, 따라서 ‘법이 아닌’ 제3제국의 법률에 의거한 국적박탈은 무효라는 논리에 따라서 판결이 산출된다.

〈독일 연방재판소 국적판결 : ‘법률적 불법’〉

“법과 정의는 입법자가 마음대로 할 수 있는 것이 아니다. ‘헌법 제정자가 모든 것을 자신의 의지에 따라 규율할 수 있다는 생각은 법학과 법실무계에서 오래 전에 극복된 가치 방임적 법률실증주의의 정신 태도로 후퇴하는 것을 의미한다. 다른 아닌 독일 나치정권 시대에는 입법자가 불법도 제정할 수 있다는 교훈을 가르치고 있다”

[연방헌법재판소 판례집 BVerfGE 3, 225(232)]<sup>72)</sup>.

독일 연방재판소가 상기 판결에서 드러낸 바와 같이, ‘악법은 법이 아

72) 로버트 알렉시 著, 이준일 譯, 법의 개념과 효력, 2007, p.17에서 인용

니다'라는 판단의 전제는 자연법은 실정법의 상위 규범이라는 것이다. 상위규범(자연법)에 위배되는 하위규범(악한 실정법)은 질서의 위계에 따라 규범적 효력을 상실한다. 자연법은 “선(先)실정적이고 초(超)실정적인 법이념으로서 법의 윤리적 척도”로서 “실정법에 대한 척도이념”이기 때문에 자연법은 실정법보다 효력상 우위에 놓인다.<sup>73)</sup>

자연법이론은 어떤 법이 정의에 위배되면 법으로서의 효력을 박탈하여야 한다는 입장이다<sup>74)</sup>. 실정법은 자연법에 복속된다고 하는 자연법 이론에 따르면 그 답은 간명하다. 악법은 실정법의 존립 근거인 상위규범, 즉 자연법에 위배되었기 때문에 악법이다. 선(善)을 추구하지 않는 악법(惡法)은 자연법의 도덕적 근본원리에 반하고, 실정법이 기원하는 시원적(始原的) 질서를 위배한다는 논리이다.

### 3. 의지와 법

자연법주의자들에게 있어서 자연법은 실정법의 상위개념이다. 그에 반하여 법실증주의는 사회적 실행과 공식적 권위를 강조한다. 법실증주의 입장에서 ‘악법이 법인가’라는 질문에 답을 하자면, 해당 법이 권위에 따라 성립하고 사회적 실행이 보증된다면 ‘악법도 법이다’이다. 법실증주의자들은 법의 개념적 구성 요소를 정의함에 있어서 ‘사회적 사실’로서 확인 가능한 것이 법이라고 이해하며 가시적 측면에 보다 중점을 둔다.

법실증주의의 특징은 현실에 존재하는 법에 관심을 기울이고, 그러한 관심이 도덕적으로 중립적(neutral)이라는 점이다. 현실에서 유효하게 존재하고 통용되는 법은 우리가 그 내용에 대해서 얼마든지 자유롭게 비판할 수 있더라도 엄연히 법으로 존재한다는 것이다. 즉 법실증주의(legal positivism)는 “가치관이 서로 다른 사람들이 사회적으로 상호 작용하는

73) 박은정, 자연법의 문제들, 세창출판사, 2007, p.2

74) 박은정, 자연법의 문제들, 세창출판사, 2007, p.62

“입법자도 불법을 제정할 수 있다는 것이 확인되었을 때 법관은 명확하게 정의의 기본원리에 반하는 그 법령에 대해 법효력을 박탈할 수 있다.”

공공영역을 규율하는 규칙에 관해서는, 개개인의 실천적 가치 판단을 차단할 힘을 실정법에 인정하고, 나아가 무엇이 그런 실정법에 해당하는가의 인정 기준을, 실질적인 도덕상의 판단과 독립해서 설정<sup>75)</sup>”한다는 것이다.

법 규범의 효력은 사회 수범자들에 대한 ‘구속력’이 있음을 의미한다. 법은 사회적 실행(實行)이 보증된 규범이다. 어떠한 규범이 실효성이 없는 경우, 법의 형식적 언어로 박제된 이상에 지나지 않는다.

어떤 규범이 효력을 가진다는 말은 무엇을 의미하는가? 이에 대해 학자들은 동일한 입장을 취한다. Kelsen에 의하면 “인간의 행위와 관련된 어떤 규범이 효력이 있다는 말은 그 규범이 구속력(binding)이 있다는 것, 즉 인간이 그 규범에 정해진 방식대로 행동해야 한다는 것을 의미한다”라고 한다.<sup>76)</sup>

따라서 법실증주의에서 바라보는 법은 유형적으로 확인 가능하고 사회 내에서 강제력을 가진 규범이다. 법실증주의자들은 법적 판단의 근거가 되는 법원(法源)의 종류를 성문법, 관습법, 판례<sup>77)</sup>로 정리한다. 법은 사회적 사실에 토대를 두고 있으며, 법의 규범적 효력을 인정하는 근거는 실제적 관행 내지 사회적 실천에 있기 때문이다.

대표적인 법실증주의자인 켈젠(Kelsen)은 법의 본질적 징표로 ‘강제성’을 강조하면서 윤리적 가치와 법을 구분한다. 켈젠이 자연법을 비판하는 주된 이유는, 자연법 이론들은 당위로부터 존재를 도출하는 오류를 저지르고 있으며 자연법 이론들은 플라톤(Platon)의 이원론적 형이상학을 전

---

75) 조홍식(2007), 법에서의 가치와 가치판단: 원고적격의 규범학, p.163

76) 최봉철(2011), “법의 효력 : 요건과 효과를 중심으로”, p. 58

77) 이에 대하여 성문법과 독립한 판례법의 존재를 상정할 필요가 없다는 견해도 있다. 단적으로 뮐러는 법원의 판결은 문제사안에 직면하여 법문을 구체화하는 과정이며 다시 말하여 법의 내용형성 과정(뮐러, 법관법, 홍성방 번역, p.185, 2014)으로서 (...) 조항과 독립한 법관법을 생각할 수 없다. 법관의 결정은 판례법이 존재하기 때문에 효력이 있는 것이 아니라, 제정법 조항에서 법리의 힘이 비롯된다고 한다.(뮐러, 전제서, p.130)

또한 에쎄(Esser)는 판례는 그 자체로는 법원은 아니지만, 법을 인식하는 매개 자료로서 작용하는 ‘법인식원’이라고 주장한다.

제로 하여 현실과 유리되어 있기 때문이라는 것이다. 켈젠은 자연법은 ‘주관적 이해의 객관화’라는 환상에 사로잡혀 있으며 자연법 이론가들이 주장하는 여러 입장은 객관적으로 확인하기 어려운 비과학적인 논변이라고 비판한다. 켈젠은 법이론이 가치로부터 해방되어야 한다고 말하면서 법의 규범성과 법의 도덕적 가치는 별개라고 주장한다. 법실증주의자들은 법이 언제나 그 자체의 내재적 가치(intrinsic value)를 내포하고 있는냐를 두고 그렇지 않다는 답을 낸다. 이는 ‘도덕’ 개념의 모호성 또는 막연함이 그 이유이다. 칸트가 주장한 ‘선협적’ 이성 역시 이론적으로는 상정 가능하나 현실적으로 증명하기 어려운 개념이다. 실정법에서 자유로운 자연법을 뚜렷하게 상정하기는 어렵다.

“홉스에게서 자연법은 부정의한 법을 판단하는, 즉 법의 자격을 박탈하는 실질적 기준을 제공하지 않는다. 홉스에게서 자연법은 더 이상 무엇이 법인지 아닌지를 판별하는 도덕적 기준을 제공하는 실질적 내용을 가진 상위의 법, 이성의 법이 아닌 것이다. (...) 따라서 제정법은 인간의 행위를 명확하게 지도하게끔 규정되고 공포되어야 하지, 구체적 상황에서 해석되어야만 확정적인 내용을 가지게 될 애매한 원리들로 남겨져서는 안 된다. 홉스는 이처럼 법적 추론(legal reasoning)은 제정법규에서 시작하므로 제정법규들은 법학의 근본 단위를 이룬다고 역설한다. 바로 이 근본 단위들이 입법자에 의해서 확정되므로 입법자의 입법행위는 이성의 구현이라는 것이다.

다른 말로 표현하자면, 합법성으로부터 정당성이 도출된다는 것이다. 홉스에 따르면, 정당함과 부정의함, 올바른 행위와 그렇지 않은 행위는 주권자가 제정한 실정법에 의해서 비로소 결정되고 구성된다. 자기 자신의 이익을 극대화하려는 개인들로 이루어진 상태에서, 각자가 자신의 이익을 극대화할 수 있는 자유권만이 인정되는 상황에서 각자의 자유가 최대한 같은 정도로 동시에 공존할 수 있으려면 실정법이 필요하다. (...) 이와 같은 발상은 전통적인 인습적 가치체계로부터 분리된 개인들의 상호 공존과 행위조정을 보장하는 법의 기능에서 논리적으로, 규범적으로 도출되는 것이다. 정의가 실정법의 토대가 아니라, 실정법이 정의의 토대가 된다는 것이다. 정의가 실정법보다 논리적으로 먼저 있는 것이 아니라 실정법이 정의보다 논리적으로 선

행한다는 것이 흄스의 법치 패러다임이라고 요약할 수 있다.<sup>78)</sup>”

하지만 법과 도덕의 관계가 전혀 별개의 것은 아니다. 법이 법으로서 성립하고 효력을 인정받는 것은 도덕적 타당성에 관한 사회적 지지가 있기 때문이다<sup>79)</sup>. 법실증주의에서 말하는 법의 배경에도 도덕과 가치는 존재한다. 도덕명제와 법명제는 ‘연관’을 가지고 있다.

“약한 연관성 이론에 따르면 법은 어떤 것이 되었든 하나의 도덕과 필수적으로 연관성을 갖는다. 강한 연관성 이론에 따르면 법은 정당한 도덕과 필수적 연관성을 갖는다. (...) 따라서 문제가 되는 것은 법체계 안에 원칙이 반드시 존재함으로써 법은 어떤 것이 되었든 하나의 도덕과 필수적으로 연관성을 갖게 된다는 명제다. 이러한 명제를 ‘도덕명제’라고 부를 것이다.

이러한 도덕명제가 타당하려면 정당성의 효력 주장을 만족시키기 위해서 불확실한 사안에서 고려되어야만 하는 원칙들이 어떤 것이 됐든 도덕에 속하는 원칙이 되어야 한다. 원칙이 항상 어떤 것이 됐든 도덕에 속한다는 말은 맞다. 불확실한 사안에서 문제가 되는 것은 실천적 물음에 대한 답변을 선제하는 권위 있는 근거에서 당연히 얻을 수는 없다는 데 있다. 법의 영역에서 어떤 실천적 물음을 해결한다는 것은 무엇이 당위적으로 요구되는지를 답변하는 것을 뜻한다. 무엇이 당위적으로 요구되는지에 대하여 권위 있는 결정에 근거해서만은 답변할 수 없지만 어쨌든 답변하려고 한다면 정당성의 효력 주장을 만족시키기 위해서는 문제가 될 만한 모든 원칙들을 고려해야만 한다. 그러나 실천적 물음에 대한 해결을 위해서 문제가 될 만한 원칙들이란 항상 어떤 것이 됐든 도덕에 속하는 원칙이다. (...) 여기서 중요한 것은 다만 이런 원칙들이 모두 항상 동시에 옳든 옳지 아니하든 어떤 도덕의 원칙이라는 점뿐이다.<sup>80)</sup>“

이처럼 법실증주의에서도 법과 도덕의 관련성에 유의하나 도덕 그 자

---

78) 김도균(2006), “근대 법치주의의 사상적 기초: 권력제한, 권리보호, 민주주의 실현”, 법치주의의 기초: 역사와 이념, 서울대학교 출판부, pp.100-101

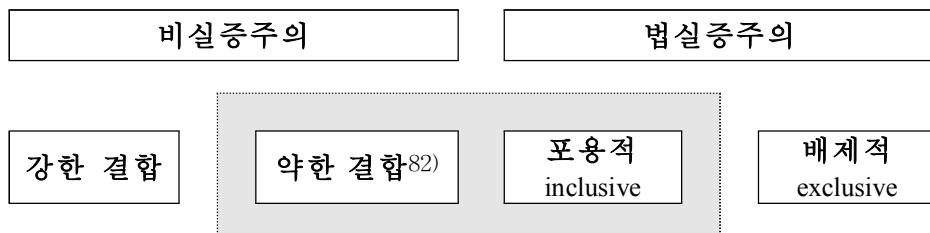
79) 김성룡, 법적논증론 : 발전사와 유형, pp.239-240

80) 로버트 알렉시 著, 이준일 譯, 법의 개념과 효력, 2007, pp.112-113



체가 법으로서 바로 인정되거나 통용될 수는 없다고 본다. 법실증주의는 도덕적 가치와의 결부 문제에 있어서 도덕적 기준을 법의 일부로서 수용하는 것이 가능하다는 포용적 실증주의(inclusive legal positivism)와 그를 부정하면서 도덕적 기준에 대한 존중이라는 사회적 관행만이 법이라는 배제적(exclusive)<sup>81)</sup> 실증주의로 구분된다.

〈표 2-4 : 법과 도덕의 관계, 비실증주의 對 법실증주의〉



법실증주의는 명문의 규정과 실무 관행(practice), 시간이 만든 관례(mores of time)와 사회적 권위가 있는 기구(authorities)의 결정을 중시한다. 법실증주의가 법과 도덕의 ‘분리’를 주장하기는 하지만, 사회적 가치와 도덕에 대한 ‘무관심’ 혹은 법과 도덕과의 완벽한 ‘절연’을 내용으로 하는 것은 아니다<sup>83)</sup>.

81) 원어의 느낌을 충실히 전달하는 번역어로는 ‘배제적’이라는 표현보다는 오히려 ‘순전한, 온전한’이라는 표현이 더욱 적합하지 않을까 하는 것이 사견이다. 원어의 맥락과 용례 등을 고려할 때, ‘배제적’이라는 단어에서 자동적으로 연상되는 ‘배타성’보다 ‘순전하게, 철저하게’라는 표현이 더욱 충실한 번역어가 아닐까 한다. 하지만 학계에서 배제적 실증주의라는 표현이 일관되게 정립된 언어로서 사용되기에 본 연구 역시 배제적 실증주의라는 표현을 활용한다.

82) ‘약한 결합’의 의미는 다음과 같이 정의된다.

: “라드부르흐 공식은 명시적으로 “제정과 권력을 통해서 보장된 실정법은 그것이 내용적으로 부정의하고 비합목적적일 경우에도 우선된다”고 주장한다. 그 공식에 따르면 법적 성격이 상실되는 것은 법과 도덕 사이의 모순이 “참을 수 없을” 정도, 즉 극단적인 정도에 이르렀을 때이다. 이것을 ‘약한 결합 이론’이라고 부를 수 있다. 약한 결합 이론은 법과 도덕을 동일시하는 결론에 이르지 않는다. 그 이론에 따르면 부정의하고, 따라서 비도덕적인 규범도 법이 될 수 있다. 이로써 그 이론은 법실증주의처럼 법에 대한 도덕적 비판을 허용하고, 그런 한에서 법실증주의처럼 비판적 태도를 가능하게 한다. 양자의 차이는 단지 일정한 경계를 넘는 경우에 법적 성격을 상실한다고 하는 데 있다. (로버트 알렉시 법의 개념과 효력, 2007, p.72)

83) Coleman(2001)은 사회적 사실 테제와 연결시켜서, 배제적 법실증주의, 드워킨의

다만, 특정 법률에 대한 도덕적 비판과 그 법률의 법규성을 구분한다. 법실증주의 입장에서 어떠한 법이 악법이라는 비판을 받더라도 여전히 사회적 실행으로서 확인된다면 ‘악법도 법이다’라는 답변이 도출된다. 이러한 법실증주의의 장점은 개념적 명료성과 확실성이다. 비실증주의 입장에 서 있는 알렉시(Alexy) 역시 “도덕적 요소를 포함시키는 것을 모두 포기하는 실증주의적 법 개념은 도덕적 요소를 포함시키는 법 개념보다 더 단순하고 어쨌든 그런 한에서 더욱 명료하다.<sup>84)</sup>”라고 하면서 법실증주의의 개념적 장점을 인정하였다.

법과 도덕적 가치의 ‘분리’인가, 법과 도덕적 가치의 ‘결합’인가에 따라서 양대 이론의 분기점이 생기지만, 자연법론과 법실증주의의 논의가 판단에 영향을 미치는 요소는 다양하다. 하지만 그 중 ‘법적 근거’에서 판단이 도출되는 경우는 명확하게 한정되며, ‘사회적 사실’로서 법을 이해할 필요가 있다.

#### 4. 의지적 요소의 구분

법실증주의와 비실증주의가 보여주는 사고의 차이는 오랜 이념적 계보를 가진다. 자연법이론이 법의 본질로서 인간의 이성을 강조하는 반면<sup>85)</sup>, 자연법을 비판하는 입장에서는 법을 법으로서 만드는 인간의 의지,

---

입장, 그리고 포용적 법실증주의를 다음과 같이 정식화하기도 한다. (Jules L. Coleman, “Beyond Inclusive Legal Positivism”, p. 384, 2001)

- ① [배제적 법실증주의] “필연적으로, 법의 내용의 결정요소는 사회적 사실이다.(Necessarily social facts are determinants of legal content.)”
- ② [드워킨] “필연적으로, 법의 내용의 결정요소는 사회적 사실과 도덕적 사실이다.(Necessarily social facts and moral facts are determinants of legal content)”
- ③ [포용적 법실증주의] “필연적으로, 사회적 사실이 법의 내용의 결정요소를 결정한다.(Necessarily social facts determine the determinants of legal content)”

84) 로버트 알렉시 著, 이준일 譯, 법의 개념과 효력, 2007, p.65

85) 박은정, 자연법의 문제들, p.256

“자연법전통의 주류역사에서 자연개념은 그 엄청난 다양성에도 불구하고, 우선적으로 인간의 본성으로부터 규정되어 왔다. 즉 자연법론은 정의로운 법을 인간의 본성에서 연역하려는 이론이었다. 올바른 인간의 행위를 지시하는 규범원리가 있다면 이는 인간의 본성에 관한 내재적 진리와 논리적으로 연관될 수밖에 없다고 본 것이다. 자연

즉 입법권자의 의지와 결단을 중요시한다. 법을 법으로 만드는 것이 진리라고 보면서 인간의 ‘이성’을 강조하는 주지주의는 비실증주의와, 법을 형성하는 주권자의 의사, 즉 인간의 ‘의지’를 강조하는 유의주의는 법실증주의와 연관된다. 즉, 법규범을 대하는 태도에서 주지주의와 유의주의는 수동성의 정도 내지는 적극성의 정도와 관련된다. 주지주의에서 인간의 이성적 노력으로 진리를 탐색하고 발견하면서 법의 내용이 밝혀진다면, 유의주의는 인간의 의지와 노력으로 법의 내용을 ‘주조’할 수 있다고 본다.

법실증주의는 법을 이해함에 있어 ‘이성’보다 주권자의 ‘의지’에 방점을 찍는다. 예컨대, 홉스(Hobbes)는 사회의 권위가 법을 법으로 만든다고 주장하였다.<sup>86)</sup> 홉스는 ①법의 의미 불확정성과 ②적용상황 불확정성, ③인간의 이기성을 이유로 법은 갈등상황을 적절하게 해결하지 못하며, 따라서 최종적 권위는 법이 아니라 법을 해석하는 권위를 가진 자라고 한다.<sup>87)</sup> 의지적 ‘선택’으로서의 법적 결정은 사회적 ‘권위’에 의하여 가능하다. 이러한 경우, ‘법은 왜 법인가?’라는 질문에 답하면, “진리(眞理)가 아니라 권위(權威)가 법을 만드는” 것이다.

“조정문제 상황에서는 “누구도 무엇이 옳은가를 확인할 수 없”는 경우라고 하는 ‘상황’의 특수성이 “어떤 자가 무엇이 법이어야 하는가를 확정하지 않으면 안” 되도록 만든다. ... 따라서 이러한 실천적 판단의 영역에서의 권위는 조정문제 상황을 해결함에 있어 다른 구성원보다 “더 나은 위치에 있는 (better situated)” 사람에게 주어져야 한다. 그리하여 유효적절한 지위에 있

---

법론자들은 인간의 본성에서 결정적인 요소는 이성일 수밖에 없다고 보았다. ‘인간에 의한 제정’이라는 실정법의 법으로서의 성격이 입법에 있어서의 ‘의지’라는 요소와 ‘강제력’의 요소에 있다면 자연법의 법으로서의 속성은 ‘이성’에 놓이는 것이다. 인간본성으로서의 이 이성은 무엇인 선하고 무엇인 악한 것인가를 구별할 수 있고 인간에게 선을 따르도록 명하는 기능을 부여받는다.”

86) Hobbes, Leviathan, “법을 만드는 것은 지혜가 아니라 권위이다(it is not wisdom, but authority that makes law).”

87) 홉스는 이러한 이유로 법치의 문제점을 지적하면서, 국가권력이 인간의 의지에 부여되어 있는 인치(人治)가 타당함을 주장한다.

는 국가가 일단 조정문제 해결을 위한 지시를 내리면, 그 지시에 따름으로써 사람들은 사회전체에 있어서 최선의 해결을 얻는 것을 예상할 수 있다. 이 같은 예상은 다시 사람들로 하여금 국가의 지시에 대한 복종을 재촉할 것이고, 이는 가일층 조정문제의 해결을 용이하게 한다. 요컨대 조정문제에서는 “진리가 아니라 권위가 법을 만”드는 것이다.”<sup>88)</sup>

이에 반하여, 유의주의자의 대표자인 홉스는 법의 ‘효력’과 법의 ‘기능’을 중심으로 법의 본질 내지는 실체를 바라보았다. 법의 결단적 속성을 강조한 홉스에게, ‘무엇이 법인가’를 결정하는 것은 인간의 의지인 주권적 권력이다.

“홉스의 출발 전제는 무엇이 법인지를 결정하고, 법을 폐기하고 개정하는 것은 자신의 의지를 표현함으로써 명령하는 주권자(최고통치권자)라는 것이다. 즉, 인간 또는 집단의 의지가 법을 만들지 ‘근본규범(Grundnorm)’ 또는 ‘승인율(the rule of recognition)’과 같은 규칙일 수가 없다는 주장일 것이다. 홉스는 모든 정치적 공동체가 국가로서 인식되려면 인간의 의지에 기반을 두어야 한다는 전제 위에서, 주권은 자신이외에는 그 어떤 권위에도 복속하지 않는 권위이기 때문에, 주권은 (헌)법에 의해서 제한될 수 없다는 것(legal illimitability), 주권은 분할될 수 없다는 것(indivisibility)을 강조한다. 따라서 피치자와 통치자 사이에 헌법 계약과 같은 형식으로 확정된 규칙(법)에 바탕을 두는 통치구조란 논리적으로 불가능하다.”<sup>89)</sup>

‘주권에 기한 명령이 곧 법(commands of a sovereign are law)’이라는 오스틴(Austin)의 주장은 홉스와 같은 맥락에서 유의주의 입장을 대변한다. 홉스와 하트는 법실증주의자라는 점에서 같은 입장에 있으나, 무엇이 법을 법으로 만드느냐에 있어서는 상당한 차이를 보인다. 홉스에게 있어

---

88) 조홍식, “사법통치의 정당성과 한계”, pp.37-38

89) 김도균, “근대 법치주의의 사상적 기초: 권력제한, 권리보호, 민주주의 실현”, 법치주의의 기초: 역사와 이념, 서울대학교 출판부, 2006년, p.102

서 주권자의 의지로 승인된 것은 법이다. 하지만 하트에게 있어서는 승인이 그러한 인적(人的) 측면에 한정되지 않는다. 하트가 말하는 승인(承認)은 권위자(혹은 권위기구)의 승인이라는 점 외에도, 논리적 차원에서 승인에 중요한 축을 이루고 있다. 사회에서 효력이 인정되는 법규범으로 인정받기 위해서는 승인율(rule of recognition)에 따라서 일차적 규범의 지위를 인정받아야 한다. 이러한 승인을 좌우하는 이차적 규범의 존재는 승인을 단순한 주권자의 의지로만 이해하는 것이 부족하다는 것을 일깨워준다.

이성을 통해서 법규범을 현출하는 주지주의적 사고와 달리, 인간의 의지를 강조하는 유의주의적 사고는 정책적 사고와 친연(親緣) 관계에 있다. ‘의지’는 결단, 그리고 선택을 뜻하고 이는 현실에 가장 적합하게 대처하기 위한 대안의 선택이자 사회적 결단으로서의 정책을 설명하기에 적합하다. 법이 ‘의지’의 산물로서 만들어진 합목적적인 규범이라면 이는 법의 성격이 ‘문제의 인식과 그에 대한 적합한 처방’이라는 정책적 사고에서 비롯한 것임을 뜻한다. 더욱이 과거와 비교하여 동태성이 더욱 두드러지는 현대 사회에서 법을 이해함에 있어서 정책적 사고, 유의주의적 사고의 필요성은 더욱 높아진다.<sup>90)</sup> 정책적 사고와 법을 연계하는 것에 불편함을 제기하는 경우도 많다. 하지만 법이 보편성을 추구해야 함은 재론의 여지가 없으나, 그렇다고 하여 법이 보편적 정답(正答)이 아니다.

90) 최송화, 법과 정책에 관한 연구, p.86

“이와 같이 오늘의 사회를 동태적인 사회로 이해하고 법규범의 기능을 국가·사회의 통합적인 것으로 파악할 때 강조되는 것은 바로 유의주의적 입장이라고 할 수 있다. 정태적인 사회에서라면 마땅히 기존의 당위적 내지 규범적 소여를 중시하는 주지주의적 경향의 법학이 요구되겠지만 동태적인 통합과정이 중시되는 사회에 있어서는 끊임 없는 새로운 가치체계의 규범적 정립의 측면이 강조되고 따라서 유의주의적, 주지주의적 두 경향 중에서는 유의주의적 측면이 상대적으로 각광을 받게 되는 것이다.”

### 제3항 법과 가치 연관

#### 1. 가치의 통약불가능성, 각자의 정의

“악법은 법인가?”라는 질문에 답하기 위해서는, 두 가지 질문에 대한 판단이 선행되어야 한다. 어떤 법률을 두고, ①“이 법은 악법인가?”라는 질문에 답할 수 있어야 하며, ②“법은 왜 법인가?”라는 질문에 대답하여야 한다.

“이 법은 악법인가?”라는 질문에 보다 충실한 답변을 도출하기 위해서는, “악법은 왜(어떻게) 악법인가?”라는 보다 더 근원적인 질문을 던질 수 있다. 정의(正義)에 반하였기 때문에 악법이라고 답할 수도 있겠으나, 문제는 정의가 자명(自明)한 것인지를 반문할 수 있다는 것이다.

예컨대, 일명 라드부르흐의 ‘불법공식’으로 일컬어지는, “법적 안정성에도 불구하고 정의에 반하는 정도가 참을 수 없는 정도에 이를 때 그 법은 더 이상 법이 아니다”라는 선언에 모두가 공감한다고 하더라도, 이 공식을 구체적 상황에 접목하려고 하는 경우, 참을 수 없는 ‘극도의 부정의’에 의한 판단이 쉽지 않다.

자연법은 “선을 행하고 악을 피하라”는 추상적 명령의 차원에서는 일견 보편적으로 통용 가능한 것처럼 보인다. 하지만 실천의 단계에서는 그 판단이 쉽지 않다. 다양한 고려 대상이 혼재한 구체적 현실에서는 무엇이 선이고 무엇이 악인지 판단하기가 쉽지 않다. 자연법은 인간이 “기본적 선에의 자연적 정향(定向)<sup>91)</sup>”을 지님을 강조하지만, 실정법이 순수한 위악(僞惡)의 목적에서 제정된 것이 아닌 이상, 특정한 법이 누가 보

---

91) 박은정, 자연법의 문제들, p.257

“자연적 성향에 따른 행위가 자연법에 속하는데 이 자연적 성향은 바로 이성에 따라 행위하려는 성향이다. 그런데 피니스에 의하면 이성적인 인간은 모두 인간의 노력의 목표로서의 기본적 선의 가치에 동의해야 한다고 보지 않을 수 없다. 그러므로 자연적 성향은 또한 기본적 선에의 자연적 성향이라고 아니 할 수 없다. 여기서 우리는 피니스의 자연법이 아리스토텔레스의 목적론적 자연개념을 받아들이고 있다는 점을 알 수 있다.”

아도 객관적·보편적으로 악법이라고 선언하기는 쉽지 않다. 소크라테스에게 추방이 아니면 죽음을 선택하라고 한 아테네의 법은 소크라테스의 지지자들 눈에는 악하였으나 비판자들에게는 합당한 법이었으며, 유대인의 국적을 박탈한 나치의 법 역시도 제3제국이 강조한 인종적 우월성을 받아들인 사람들에게 가치가 전혀 없는 것이라고 단언하기 어렵다.

법실증주의 관점에서 볼 때, ‘규범적 이성으로서의 법’을 강조하면서 “선을 행하고 악을 피하라”는 자연법론은 선악(善惡)에 관하여 자명한 답을 내놓지 않는다는 비판을 할 수 있다. 인간의 본유적 이성과 선과 악에 대한 선험적 판단을 강조하지만 구체적 사회 현실에서 ‘객관적’ 선이 무엇인지 확인하기 어렵다는 점이 문제가 된다. 비실증주의에서 말하는 것은 인간의 본유적 이성과 ‘자연스러운’ 도덕이지만 그러한 본유와 자연이 과연 보편적이고 선험적인 것인지에 관하여는 꾸준한 의문과 비판이 제기되어 왔다.

“자연법은 오직 인간에게만 적용되며 합리적 행동의 본원적 원리들의 형식으로 나타난다. 자연법은 인간의 실천이성에 내재하는 근본 원리들에 직접적으로 근원을 두고 있다. 인간의 행위에 관심을 가지는 실천이성의 본질은 인간에게 좋은 것을 피하고 나쁜 것은 피하는 데 있다. 그렇다면 자연법의 내용은 이 ‘좋은(the good)’의 본질이 무엇인가에 달려 있다. 모든 사람이 획득하고자 애쓰는 것이 자연적 선(natural good)이라면 자연법의 제1원리는 “[인간에게 본래] 좋은 것은 행해지고 추구되어야 하고 [인간에게] 나쁜 것은 피해져야 한다”는 것이다. 자연법의 기타 원리들은 바로 이 제1원리를 구체화하는 것이며, 이는 인간에게 본질적으로 좋은 것(basic human good)과 본질적으로 나쁜 것(harm)을 규명함으로써 이루어진다. 따라서 자연법의 원리들은 도덕적인 근본 원리이기도 하다.<sup>92)</sup>”

자연법은 객관적 이성을 강조하지만 이는 현실의 층위에서 곧바로 확

---

92) 김도균, “근대 법치주의의 사상적 기초: 권력제한, 권리보호, 민주주의 실현”, 법치주의의 기초: 역사와 이념, 2006, p. 63

인하기 어렵다. 실증주의적 사고에 의하면 법은 선형적으로 확정된 것이 아니라, 사회의 의지적 힘에 의해서 정립되는 것이다. ‘이성’보다 ‘의지’를 강조하는 실증주의적 사유는 라즈(Raz)가 말한 가치의 통약불가능성(incommensurability)<sup>93)</sup>에 의할 때, 한층 깊은 설득력을 가진다. 어떠한 판단이 자명(自明)한 진리 혹은 정답이라는 평가를 내리기 위해서는, 여러 가지 개념 전제가 성립해야 한다. 우선, ㉠객관적 판단 기준이 마련되어 있을 것, ㉡판단의 기준이 보편적으로 공유될 것, ㉢그러한 기준에 따라서 판단이 도출되는 과정이 논리적으로 오류가 없을 것 등이다. 문제는 판단이 아무리 논리적이고 공정하게 도출된다고 하더라도, ㉠와 ㉡의 전제가 충족되기 어렵다는 것에 있다. 서로 다른 이해의 플랫폼 위에 서서 어떠한 결정이 절대적으로 옳다고 말하기는 어렵게 된다.

라즈는 통약불가능성에 근거하여 어떠한 법적 결정이 선택임을 강조한다. 통약불가능성에 대한 라즈의 설명은 선스타인(Sunstein)의 가치 구분에 따라 논리가 보다 견고해진다. 선스타인은 도구적 가치(instrumental value)와 내재적 가치(intrinsic value)를 구분하며 공리주의자들의 환원적 계산 방식을 비판한다<sup>94)</sup>. 그 자체에 가치가 존재하는 내재적 가치는 통약이 가능하지 않기 때문에 비교형량이 불가능하며 가치에 대한 사람마다의 입장 차이는 내재적 가치를 살펴볼 때 확연히 드러난다. 따라서 내재적 가치의 통약불가능성 및 비교형량의 어려움을 감안하면 사회 전반에서 통용되는 ‘객관적’인 가치 판단을 내리는 것은 거의 불가능해진다고 보아야 할 것이다. 법적 결정을 내리기 위해서는 필연적으로 ‘선택’이 발생하게 되며, 이러한 ‘선택’의 불가피성은 라즈가 법은 ‘권위’라는 이론을 구축하는 기초가 된다.

판단의 주체마다 저마다의 인식과 서로 다른 잣대를 가진다면 보편적·객관적 정답은 멀어지게 된다.<sup>95)</sup> 정의라는 ‘이름’을 채우는 ‘실질’은 사람

93) Joseph. Raz, *The Morality of Freedom*, 1986, p.322

94) Cass R. Sunstein, “Incommensurability and Valuation in Law,” 1997.

95) 조홍식, 법에서의 가치와 가치판단, pp.282-283

“가치의 통약불가능성과 가치판단방식의 다양성은, 법에서도 수많은 문제를 제기한



마다 다를 수 있다. 유명론(唯名論)의 관점에서 보편적 정의는 저마다 이름을 붙이기 나름인 피상적 명칭에 불과하다.<sup>96)</sup> 도덕적 판단은 저마다의 정의 관념에 따라 얼마든지 다를 수 있기에 어떠한 법이 ‘악법’이지에 관한 판단을 둘러싸고 가치관의 경합과 투쟁이 발생할 개연성이 크다. 따라서 유효한 법이기 위해서는 ‘실정화’가 요청된다.

우리의 이성은 객관적으로 증명 가능한, 흠 없고 정당한 하나의 법규범체계가 무엇인가를 제시할 수는 없다. 우리가 계산해 볼 수 있는 것은 개인들이나 사회집단들 사이에 존재하는 서로 상이하고 모순되는 법적 견해들뿐이다. 그러나 공동생활의 질서를 이러한 견해들 간의 투쟁에만 맡겨둘 수는 없다. “무엇이 정의인가를 아무도 확인할 수 없다고 한다면, 무엇이 법이어야 하는가를 확정하지 않으면 안 된다! (...) 이처럼 법의 실정화는 실로 법철학적으로 정당화된 것이다<sup>97)</sup>.”

이는 법실증주의가 “편협한 울타리 안에서 유연성의 사고를 받아들이지 않은 결과<sup>98)</sup>”라기보다는 서로 다른 가치와 목적을 추구하는 사회에서

---

다. 이로 인해, 법적 판단에 필요한 사실에 대한 인식도 사람마다 제각각이고, 적용되어야 할 법에 대해서도 다종다양한 의견이 분출하기 때문이다. (...) 반면, 법해석에 있어서는 판단자의 가치판단방식이 어떻게 짜여야 하는지에 관한 큰 틀에서의 논쟁이 여전히 치열하게 진행되고 있는 것으로 판단된다. 이와 같은 법해석 방법론을 논함에 있어 본장이 다른 통약불가능한 가치와 다양한 가치판단방식은 결론을 좌우하는 근본적인 문제이다.”

96) 박은정, 자연법의 문제들, 세창출판사, 2007, p.190

“유명론(唯名論)은 서구의 사유전통에서 보편성을 객관성에 일치시키는 사고를 최초로 무너뜨리는 내용을 담고 있다. 실재하는 것은 보편이 아니라 개별일 뿐이다. 유명론의 입장에 의하면 보편성은 더 이상 선형적으로 확정된 것이 아니며, 다만 주관적 업적에 의해서 비로소 형성된 것에 지나지 않는다.”

97) 심헌섭, 법적안정성에 관한 연구, p.138

98) 박은정, 자연법의 문제들, 세창출판사, 2007, p.62

“물론 라트브루흐 공식에 대한 다양한 비판도 제기되었다. “법률적 불법(gesetzliches Unrecht)”은 일반시민들에게 혼란을 주는 모순된 개념이다, 법적 안정성을 해친다, 무엇이 불법인지는 인식불가능하다, 삼권분립을 포함한 민주주의 원리를 훼손한다, 소급입법에 의한 해결이 가능하다 등등. 이러한 비판의 대부분들은 실증주의적 사고의 경직에서 오는 것이라고 볼 수밖에 없다. 이른바 ‘배제적 법실증주의’의 편협한 울타리 안에서, 유연성의 사고를 받아들이지 않은 결과이다. 현대사회가 법의 이름으로 어느 정도는 감내해야 하는 유연성은 법적 안정성의 적이 아니다.

자연스러운 결과로 새길 수 있다.

## 2. ‘형식’으로서의 법과 사회적 실행의 보증

어떠한 법률이 ‘악법’이라는 결론을 도출하기 위해서는 가치의 투쟁과 사회적 고려, 그리고 무엇보다도 해당 법률이 더 이상 유효한 법률이 아니라는 권위적 선언이 요구된다. 그러나 아무리 자명(自明)한 악법도 - 앞서 검토한 바와 같이, 누가 보아도 악법으로 자명(自明)하다는 사실 자체가 쉽게 충족되기 어려운 조건이지만 -, 사회적 권위에 의거한 효력 상실 절차가 필요하다. 상기 독일 연방재판소의 국적박탈 무효화 판결은 자연법에 따라서 악법으로 당연히 부정되었다기보다는, 법률의 효력을 판단할 수 있는 권위적 기구인 사법기구에서 특정 법률이 무효임을 선언했기에 국적이 회복된 것이다.

‘악법도 법인가’와 긴밀하게 연계되는 ‘법은 왜 법인가’라는 질문은 법의 결단적 속성, 권위적 특징으로 답할 수 있다. 법은 홉스가 리바이어던(Leviathan)의 다음 대목에서 주장한 바와 같이 실행과 효력이 담보되어야 한다.

“법은 그 자체로는 무력한 것이어서 인간이 해석하고 적용하며 시행할 때 비로소 생명을 가진다. 인간이 법을 통제하고 지배하는 것이 그 역은 맞지 않다. 국가의 존재이유가 갈등 해결을 통한 평화와 안정의 보장에 있다면 법만으로는 결코 어떠한 분쟁도 해결할 수 없는 것이다. 왜냐하면 법의 의미와 권능은 법이 인간에 의해서 해석되고 적용되어 시행되는 것의 산물일 뿐이기 때문이다. 최종 결정자가 인간일 때(일인이건 다수이건) 비로소 법은 분쟁을 해결하고 평화를 수호할 수 있다.<sup>99)</sup>”

법이 권위적 실행이 아니라면 사회적 관점에서 법을 바라볼 때, 법을

---

99) 홉스, *Leviathan*, 제26장, para.21 및 제29장 para.16, 김도균 “근대 법치주의의 사상적 기초: 권력제한, 권리보호, 민주주의 실현”, 『법치주의의 기초: 역사와 이념』에서 재인용(p.103)

다른 사회적 규범과 구분하기가 쉽지 않다. ‘사회적 실행(social practice)’은 단순한 개연성이나 확률로 환원될 수 있기 때문이다. 사회적으로 응당 기대되는 특정 행위를 사람들이 어느 정도의 확률로 수행하는지, 혹은 사회적으로 비난받는 행위를 저지른 경우 불이익 혹은 처벌이 어떤 수준의 개연성으로 부과되는지만 따져서 무엇이 법인지 아닌지를 판단할 수는 없다.

### 3. 사회적 조정으로서의 법

홀즈(Holmes)가 설파하였듯이, 법규범은 사상의 전쟁터에서 얻은 결과물이다<sup>100)</sup>. 법의 개념과 법의 ‘권위’는 분리하기 어렵다. 서로 상이한 가치관의 경합 속에서 법은 사회적 ‘조정’으로서의 속성을 가지며, ‘정답’을 찾기보다는 사회적 질서와 안정을 유지함으로써 혼란과 효율을 방지하는 역할을 수행한다. ‘두드러진 지위’를 보유한 국가가 해당 규범에의 순응을 요구하기 때문에 법은 법으로서의 자격을 지닌다.

조정문제를 국가가 해결할 수 있는 것은 국가가 이들 문제에 관해서 일반 국민보다 더 우월한 지식을 가지고 있기 때문이 아니다. 국가는, 국가로서 존재하고 대부분의 사람들에게 의해 복종되고 있다는 사실 자체에 의하여 개인이나 단체보다 ‘두드러진’ 존재이고 국가가 이들 문제를 해결해 온 것은 주지의 사실이기 때문에, 이들 문제를 해결함에 있어 유효적절한 “지위(position)”에 있다<sup>101)</sup>.

법을 사회적 문제를 해결하기 위하여 조정 기능을 수행하는 의지적 결정이라고 새긴다면 법의 이성적 요소보다 의지적 요소에 더욱 주목할 필

---

100) “법은 사상의 전쟁터에서 승리한 것을 구체화하여 법의 효력을 부여한다. 그러나 이 순간까지도 이와 반대되는 견해는 싸움은 아직 끝나지 않았다면 물러서지 않고, 진짜 승자가 누구인지 결정되지 않았다고 주장한다. 지금 법이 무엇인지 결정해도 좋은지 확신이 서지 않는다.” (Holmes, Common Law, 1881)

101) 조홍식(2009), “사법통치의 정당성과 한계”, p.37

요가 있다. 법은 도덕적 가치판단과도 구분되며 단순한 관행과도 구분된다. 법을 사회적 실행이라고 이해할 때에도 그러한 실행이 ‘권위적 실행’이지 않은 경우에는 법이라고 평가하기 어렵다. 다음과 같이 법은 도덕적 불확정성을 해결하고 사람들이 따를 수 있는 규칙<sup>102)</sup>을 조정하는 ‘매듭’의 기능을 수행하고 있기 때문이다. 즉, 법은 상이한 가치관과 지향점을 지닌 구성원들이 모인 사회에서 다음과 같이 ‘조정적 기능’을 수행하고 있다.

도덕의 영역에서는 사람마다 가치판단방식이 다르기 때문에 각자가 저마다의 도덕 판단을 하고 있다. 그러나 사회를 운영하는 정책결정이나 그 결과물인 규칙은 그 구성원 사이에 생기는 도덕적 불확정성을 감내할 수 없기 때문에, 더 이상 논란의 여지를 남기지 않는 일종의 “매듭(knot)”이 필요하다. 이렇게 보면 사회적 이슈에 관하여 구성원들 사이에서 서로 다른 가치관이 상충하는 상황은 도덕의 영역에서 벌어지는 조정문제, 즉 “도덕적 조정문제(moral coordination problem)” 상황이라 할 수 있을 것이다. 이런 도덕적 조정문제 상황에서는 일단 그 문제에 관한 매듭이 만들어지면 그 도덕성 여하를 따지기보다는 이에 따르는 것이 ‘더 도덕적’일 것이다. ... 도덕성을 따지면서 불거질 상이한 가치관 사이의 비극적 상충보다는 일단 어떤 방향으로든 매듭이 지어지는 것이 더 낫기 때문이다. 또한 그 매듭이 구성원 사이에 형성한 ‘기대’ 또는 ‘신뢰’는 정당한 것으로 이를 존중하는 것이 도덕적이기 때문이다.

일반인들이 ‘법’이라고 생각하는 대부분의 것은 ‘조정’으로서의 성격을 가지고 있다. (...) 바로 이런 경우 사람들이 따를 수 있는 ‘규칙(rule)’을 설정해 줌으로써 사람들 사이의 상호작용을 조정하는 것이야말로 ‘실정법(實定法)’이 가진 대표적 기능이라 할 수 있을 것이다. (...) 상정할 수 있는 선택지 중에서 어느 하나의 규칙체계를 선택하는 것이 그 사회

---

102) 김도현(1997), “사회학적 법개념에 관한 연구”, p.95

“그러나 “보편적으로 적용된다”는 것은 법을 말할 때 빼놓을 수 없는 속성이다. 법이란 사회의 규칙의 일종이기 때문이다. 법은 행위 그 자체도 아니고, 권위적 또는 할당적 자원도 아니다. 법은 규칙의 일종이고, 규칙이란 단 한번만 적용되고 사라지는 것이 아니다. 사회적 실천을 시간적, 공간적으로 질서지우는 기능을 하는 것이 규칙이기 때문이다.”

뿐만 아니라 구성원에게도 마땅하고 유리한 것이 된다.<sup>103)</sup>

이와 같이 법이 사회에서 수행하는 기능(functions)을 생각할 때, ‘악법은 법이 아니다’라고 말할 수 없게 된다. 법적 안정성을 해치고 사회 운영에 혼란을 초래할 수 있기 때문이다. 어떠한 법률이 도덕적 근본원리에 위배된다는 이유로 법의 효력을 부정하는 것은 사회적 조정이 깨어지는 상황을 유발한다. 따라서 “실정법은 개개인의 가치 판단을 차단”하는 힘을 가진다.<sup>104)</sup> 관념의 차원에서 ‘악법은 법이 아닐’ 수도 있겠지만, 현실의 차원에서 악법은 - 악법이라는 가치판단의 상쟁은 차치하고서라도 - 법이다. 법의 규범성은 법의 도덕적 가치와는 별개의 독립적인 것이어야 한다.

#### 4. 악법의 실효성, 법의 자격

법은 사회적으로 형성되고 그 실행을 보증받은 합의(合意)이다. 독일 제3제국을 경험한 라트부르흐가 ‘법률적 불법(gesetzliches Unrecht)’이라고 비판하는 내용들도 사회의 지지가 있으면 언제라도 다시 만들어지고

103) 조홍식(2009), “사법통치의 정당성과 한계”, pp.36-37

104) 조홍식(2009), “법에서의 가치와 가치판단”, pp.240-241

“가치의 통약불능성이 가지는 의미는, 위와 같이 ‘무엇이 권리인가’의 문제에서보다 ‘무엇이 공익인가’의 문제에서 더 크다. 권리가 설정되었다는 것은 그 권리가 설정된 가치에 대해 보호할 필요가 있음을 천명한 것이다. 그리고 권리가 설정된 경우에는 그 권리의 주체나 범위가 비교적 분명하고, 그 만큼 판단의 어려움이 경감된다. 반면, 공익의 문제를 “무엇이 다수 또는 사회 전체의 이익인가?”의 문제로 정식화한다면, 고려해야 할 가치도 많고 또한 어떤 가치판단방식을 채택할지도 불분명하다. 우리는 “누구의 것인가?”라는 권리의 문제보다 “공동의 것을 어떻게 사용할 것인가?”라는 공익의 문제를 논할 때 더 많은 논란에 빠지게 된다는 것을 경험으로 알고 있다. 판단기준의 모호성이 전자의 문제에서보다 후자의 문제에서 더욱 크기 때문이다. 실정법의 자율성을 인정하는 것도, 공적 영역에서 각 개인의 도덕적 판단이 상쟁하면서 생길 폐해가 너무 크기 때문에 이를 방지하기 위해서이다. 법실증주의는, 가치관이 서로 다른 사람들이 사회적으로 상호작용하는 공공영역을 규율하는 규칙에 관해서는, 개개인의 실천적 가치판단을 차단할 힘을 실정법에 인정하고, 나아가 무엇이 그런 실정법에 해당하는가의 인정기준을, 실질적인 도덕상의 판단과는 독립해서 설정한다. 요컨대 상쟁하는 가치는 그 상쟁을 잠재울 어떤 “매듭(knot)”을 필요로 하는데, 법실증주의는 ‘다수자의 결정’이라는 매듭을 선택한 것이다.“

집행될 수 있다. 라드부르흐가 말한 ‘법률적 불법’은 법이 아니라는 언명, 즉, ‘정의에 반하는 정도가 참을 수 없는 정도에 이른 법은 더 이상 법이 아니다’라는 이른바 ‘라드부르흐 공식’은 마음의 불편함을 덜어낼 따름이다<sup>105)</sup>. 마땅하고 타당한 내용이 상대화될 수 있다는 예측은 불안감을 떨치고 현실을 관찰하면, 법체계는 우리사회의 정치체계 내에서 존재한다. 사회적 실행이 담보될 수 있다면, 비록 법의 내용에 관한 비판적 수위가 높다고 하더라도 그 법은 법으로서 - 법의 형식으로, 법의 효력을 가지고 - 통용된다. 즉, 사회적 권위가 보증하는 효력의 측면에서 볼 때, ‘악법도 법’이다.

하지만 악법도 사회적인 실행의 보증이 담보된다면 법이다. “악법도 왜 법인가?”라는 질문과 연계되는 질문을 재차 던지자면 “법은 왜 법인가?”이다. 아퀴나스(Aquinas)를 비롯한 자연법주의자들은 법이, ‘공동선을 위하여 형태 지워진 이성의 명령’이라고 이해하였다. 하지만 인간 행위주체와 별개로 분리되는 ‘초연한’ 이성적 완결체로서의 법이라는 개념은 비현실적 관념이다. 법이 그 자체 독자적으로, ‘이성’이라는 개념 층위에서만 성립 존부와 효력 여하를 인정받는 것은 아니다. 회스터가 말한 것처럼, “단순한 개념 정의를 통해서도 현실을 변화시킬 수 없는” 것이므로, 아무리 도덕적이지 않은 법이라고 비판받는 법이라고 할지라도 자연법에 근거한 판단만으로 해당 법률의 존립 혹은 사회적 유효성을 부인할 수는 없기 때문이다.

---

105) 이는 마치, 사회적 공분을 불러일으키는 흉악범을 두고 사람들이 ‘저건(흉악범) 인간도 아니다’라고 말할 때 가지는 모종의 심리적 안도감과 연관된다. 극악한 범죄에 개탄할 때 필연적으로 느끼는 실망과 불안 그리고 회의감이, ‘저건 인간이 아니다’라는 경계선 굵기를 통해서 차단될 수 있기 때문이다. 마찬가지로 기체로, ‘악법은 법이 아니다’라는 언명은, 사회의 법질서에 대한 실망과 회의감을 덜고, 혹시 정의롭지 않은 법질서가 사회를 규율하지 않을까 하는 불안감을 희석시키는 기능을 한다. 즉, ‘악법은 법이 아니기’ 때문에 악법에 법으로서의 자격을 부여하지 않아도 된다는 심리적 ‘평온함’, 이내 사필귀정이 될 것이라는 심리적 안도감을 제공한다. 하지만 역사적 현실을 있는 그대로 평가할 때, Nazi 체제처럼 인간의 ‘이성’이 큰 과오를 저지를 수도 있음을 ‘자연법’이라는 정치-외재적 혹은 사회-외재적 관념을 통해 부인할 수는 없다.

“왜냐하면 단순한 개념 정의를 통해서도 현실을 변화시킬 수 없기 때문이다. 도덕적으로 문제가 있기는 하지만 현행 법질서 테두리 안에서 제정된 법률은 결국 법철학자가 그것을 ‘타당한 법’으로 부르든 부르지 아니하든 상관없이 그 비도덕성을 제외하면 도덕적으로 이의 없는 법률도 갖고 있는 속성 전부를 갖고 있다. 즉 그런 법률도 현행 헌법과 합치되게 성립된 것이다. 그런 법률도 법적 참모에 의해 적용되고, 집행되는 것이다. 그런 법률에 대한 준수를 (예를 들어 그 비도덕성 때문에) 거부하는 사람은 법 침해에 대한 통상적인 결과를 예상해야만 한다. 이러한 모든 사실이 도덕에 사로잡힌 반(反)실증주의적 법 개념의 정의에 찬성한다고 할지라도 세상에서 사라질 수는 없다.<sup>106)</sup>

법실증주의가 법이 형식적으로 성립한 이상 그 법이 여하한 내용을 지니든 무한정 수궁하는 것은 아니다. 하지만 법률이 효력을 상실하기 위해서는 사회의 권위적 부인, 제도적 무효화가 진행되어야 한다.

---

106) 회스터, 1987, p. 186 (알렉시의 책 pp.69-70에서 재인용)

## 제 2 절 법체계의 개방성과 정책적 사고

### 제1항 법체계의 개방성

#### 1. 폐쇄적 법체계 이론의 문제

켈젠(Kelsen)은 법실증주의 입장에서 법체계의 논리적 구조를 설명하는데, 켈젠 이론의 고유한 징표는 ‘근본규범(Grundnorm; basic norm)’이다. 켈젠은 법체계에서 모든 법 규범들은 근본규범에 기초하여 있다는 계층적·위계적 개념의 법체계를 설명한다. 모든 법은 근본규범으로부터 타당성과 구속력을 부여받는다. 즉, 근본규범으로부터 파생된 위계적인 규범적 효력이 부여된다.

다른 규범들이 효력을 가지는 것은 [그 이유를 부여하는] 더욱 상위의 규범이 존재하기 때문이다. 이처럼 규범 효력을 설명하는 상위 규범이 마침내 인과관계를 따지듯 무한 소급할 수는 없는 것이며, 가장 종국적이고 최고의 규범(the last and highest)이 존재함이 전제되어야 한다.<sup>107)</sup>

켈젠은 법질서의 궁극적인 연원이자 원천을 근본규범이라는 가정적 규범의 존재를 전제함으로써 설명한다. 법의 궁극적 연원은 근본규범이라는 켈젠의 설명은 법의 체계성과 통일성을 강조한다. 법체계의 근본규범은 “역사적으로 최초의 헌법에서 규정한 대로의 방법과 조건 하에서 인간에 대한 인간의 강제가 행사되어야” 한다고 켈젠은 설명한다. 켈젠의 사유가 보여주는 특징은 ‘연역적 사고’와 ‘폐쇄적 법체계’이다. 켈젠이 말하는 근본규범은 그의 중층적 법체계를 설명하기 위해서 일종의 수학적 전제처럼 상정한 가정적 개념(presupposed notion)에 가깝다. 이러한 근본개념에 대한 비판과 함께 켈젠 논리의 폐쇄성은 비실증주의자의 대표

---

107) Kelsen(1970), General Theory of Norms, p.194



적인 공격 지점이 되어왔다. 최초의 헌법인 ‘근본규범’은 사회적 합의와 지지에 의하여 정당성이 확보되었다. 켈젠에 의하면 법규범은 정당한 근본규범에서 파생하였기 때문에 정당성을 획득한다. 즉, 법규범의 정당성은 근본규범의 시원적(始原的) 정당성에서 비롯된다.<sup>108)</sup>

역사상 최초의 헌법이 효력을 가지는 이유가 무엇인지 물을 때, 그 답은 최초 헌법이 구속력 있는 규범(the validity of this constitution)으로 전제되었기에 효력이 존재한다는 것이다. 어떠한 규범이 효력을 가지는 이유는 다른 규범에서 찾을 수 있기 때문에, 역사에서 최초 헌법의 효력이 전제하는 것은 규범이다. 근본규범은 법질서의 기초(the basic norm of a legal order)가 된다. 강제력 있는 행위는 최초의 헌법 및 그에 근거한 규범들에 따라서 이루어진다. 즉, 우리는 헌법이 규정하는 대로 행위하여야(behave as the constitution prescribes) 한다.<sup>109)</sup>

그러나 법체계는 이미 자체완결적인 논리의 총합이 아니라 불완전하고 가변적이다. 법체계의 내용적 구성은 주변 환경의 영향을 받으며 변화하기 때문에, 영원불변의 이데아와 마찬가지로 최초의 헌법을 말하면서 언제나 타당한 근본규범은 관념적 차원에서는 성립할 수 있어도, 현실적 설명력이 부족하다고 평가된다. 근본규범으로부터 비롯한 연역적 결과물로서 일체의 법규범이 형성된다는 관점은 일부 국한된 대상에 대해서는 높은 설득력을 가지지만 법 현상 전반에 관하여 보편적인 설명력을 유지하기는 어렵다.

---

108) 켈젠(Kelsen)의 순수법학은 근본규범에서 법이 파생된다는 점에서 자기-준거적인 체계(self referential system)와 상응하는 면이 있다. 법체계 내부의 질서(internal order)에 따라서 자기생산이 반복되는 것이라고 켈젠의 근본규범 이론을 이해하여도 큰 왜곡은 아닐 것이다. 켈젠의 문제는 근본규범 이후의 법규범 파생 과정에서 일반 법규범이 외부와 ‘절연’되어도 그 정당성에 문제가 없는 것으로 상정하고 있다는 점이다. 법질서의 기초가 되는 근본규범이 정당하기 때문에 전체 법규가 정당하다는 논리는, 비록 제반 법규범들이 근본규범에서 비롯한 적자(嫡子)들이라고 하더라도 근본규범이 계보(系譜)에 위치하고 있다는 사실만으로는 정당성을 당연히 취득하지 못할 수도 있음을 간과하고 있다. 규범의 정당성은 수학 공식처럼 논리적 전제가 옳다고 하여 그에서 파생하는 명제가 반드시 옳다는 것이 보장되지 않는다.

109) Kelsen(1970), General Theory of Norms, pp.200-201

더욱이 이러한 사고방식의 특징은, 현실에서 살아가는 사람들로 구성된 사회의 존재를 논의에서 제거하고 행위주체와 별개로 독립된 이성적 총화인 법이라는 존재를 상정하는 것이다<sup>110)</sup>.

“빈틈없이 짝 짜인 규범 체계로서의 법이라는 관념, 자동 판결기계라는 법관 상, 기계적 권력분립의 관념은 이미 사회정치적 현실에 의해 완전히 부정되고 있다는 법사회학적이고 정치사회학적인 판단이 슈미트로 하여금 바이마르 법학의 법형식주의와 법실증주의를 비판하게 한 것이다,<sup>111)</sup>”

법질서가 생겨난 이유이자, 법질서의 규율 대상이 되는 인간 주체(agent)의 존재를 배제하고 법체계의 구성과 작동을 오직 순수하게 관념적인 법으로서만 논의하는 것은 실제의 법 현실을 이해함에 있어서 왜곡을 가져올 수 있다. 사회와 유리된 규칙의 형식적 완결성 추구는 여러 비판자를 양산하였다.

일부 실정법주의자들은 법의 형식적 완결성을 추구함으로써 법체계를 ‘폐쇄적’ 구성체계로 상정하여 많은 비판을 받았다. 켈젠의 법실증주의 이론에 제기되는 여러 비판들, 특히 다음과 같이 폐쇄적 법체계 혹은 자기준거적 법률이라는 관념은 현실적 설명력이 부족한 이론에 대한 적합한 비판이라고 새겨야 한다<sup>112)</sup>. 켈젠은 체계 내부의 논리 규범만으로 완벽하게 직조·구성된 법체계를 상정하였는데 이는 순수하고 이상적인 관념적 논리의 법체계이지 우리가 살아가는 현실의 법체계는 아니다. 법을

---

110) 이러한 특성은 켈젠(Kelsen)의 이론에서도 일부 관찰된다. 켈젠의 중층적인 법 이론의 근간이 되는 ‘근본규범’에 있어서는 가치가 완전히 배제되지 않고 있다. 켈젠은 근본규범이 타당하기 때문에 그에 위계적으로 파생된 일속(一束)의 법 규범들이 모두 타당하다고 말하는데, 이러한 근본규범은 ‘정당화’된 규범성으로서 자연법적 요소를 지니고 있으며, 근본규범이 타당해야만 이론의 출발점이 설명되는 순환논리를 보인다.

111) 김도균(2015), 합법성과 정당성, 해제: 민주주의와 법치주의의 변증법, p.227

112) “빈틈없이 짝 짜인 규범 체계로서의 법이라는 관념, 자동 판결기계라는 법관 상, 기계적 권력분립의 관념은 이미 사회정치적 현실에 의해 완전히 부정되고 있다는 법사회학적이고 정치사회학적인 판단이 슈미트로 하여금 바이마르 법학의 법형식주의와 법실증주의를 비판하게 한 것이다.” (김도균, 합법성과 정당성, 해제: 민주주의와 법치주의의 변증법, p.227)

‘폐쇄체계’로 상징하는 문제점에 관하여 비판이 제기된다. 법실증주의 입장에서 이러한 비판은, 법은 실정법으로 구성되어 있되, 법체계가 외부 환경에 열려있는 개방적 체계라는 점에서 극복될 수 있다<sup>113)</sup>.

“켈젠의 도식에 따르면, 최고의 권한은 통일된 규범 체계로서의 주권 질서에 주어져야 하는데, 켈젠식의 법실증주의는 국가적 삶의 모든 표현들을 규범들 간의 귀속으로 축소하고 모든 국가 작용을 논리적으로 엄밀하게 짜인 권한 영역 내에서 수행된 작용으로 전환해버리는, 내용 없는 자유주의에 지나지 않는다고 슈미트는 비판한다. 그러한 입장은 헌법이란 법규범들 및 지시의 체계에 지나지 않는다고 보며, 빈틈없이 촘촘히 연결된 규범들의 통일 체계로서의 헌법이 주권의 지위를 가진다고 상정하기 때문에 인간으로서의 주권자 요소가 결여되어 있다는 것이다.

그와 같은 헌법관 대신 슈미트는 헌법이란 형식과 절차를 규정하는 규범들의 집합 이상이라고 주장한다. 헌법을 닫힌 규범 체계로 보기보다는 비상사태나 예외 상황과 같은 구체적 현실에 열려 있는 것, 그래서 그 빈틈을 사람이 또는 특정 기관이 채워야 하는 것으로 보아야 마땅하다는 것이다.”<sup>114)</sup>

법원의 재판에 의하여, 법규범의 실질은 결정 이전과 이후가 달라진다. 사안에 적합한 판단을 위하여 법원이 활용하는 전거가 법의 내부영역에서만 찾아지는 것은 아니기 때문에, 사회의 법체계는 자기완결적인 폐쇄적 체계(closed system)의 모습과 거리가 먼 것이라고 할 수 있다.

현실의 법체계는 ‘개방체계’로 이해된다. 대부분의 구조는 개방체계<sup>115)</sup>

---

113) 도덕적 규범과 보편적 가치 등 자연법이 말하는 도덕적 법은 현행의 실정법과 관련성은 있으나 법 그 자체는 아니므로 법은 - 자연법의 이상을 향해 수렴하는 것과 달리 - 내부적 논리의 고도화와 주변 여건 등에 따라서 항상 변화에 열려 있다.

114) 김도균, 합법성과 정당성, 해제: 민주주의와 법치주의의 변증법, pp.231-232

115) 유종해·이덕로, 현대조직관리, 박영사, 2015, p.99

“체계라는 말은 상호의존하는 부분들로 이루어진 실체라고 말할 수 있다. 따라서 조직 속의 부분 혹은 단위들은 그 조직을 이루고 있는 경계 내에서 활동하면서 한 부분의 변화는 다른 부분에 영향을 미치도록 연관되어 있는 것이다. 폐쇄체계는 한정된 체계 속의 내부적 기능만을 이해함으로써 전체를 파악할 수 있고 또 예견할 수도 있는 것이지만, 개방체계의 기능은 체계가 속해 있는 외부적 환경에

로서 주변 환경과의 상호교류 작용을 거쳐서 체계의 내·외부적 논리성과 타당성을 확보하고 지속가능성을 유지한다. 법의 효력을 구성하는 중요한 요소는 법의 사회적 수용성이다. 즉, 법의 효력은 법체계 내에 부합하는 합법성(legality)를 가진다는 형식적 효력과 사회적 수용성을 인정받는 실질적 효력이 있다. 만약, 법체계가 대사회적 개방체계가 아니라 사회와 절연된 폐쇄체계라고 한다면 이러한 논리는 무익한 것이 된다.

법의 변화는 법원의 ‘결정’에서 비롯된다. 법체계 내부의 자원만으로는 적합한 결론을 도출하기 어렵다고 판단하여 변화의 필요성을 결정의 권위가 있는 기관이 인식(cognition)하는 경우, 권위적 승인을 통하여 법체계는 변화한다. 기존의 법체계에서 법 규범으로 인정되지 않던 내용들이 법원의 법형성 판결의 논증 과정을 통해서 법체계 내로 포섭되면서 법이 변화한다. 법원의 승인에 따라 사회 규범(social norms)들은 법적 규범(legal norms)으로 변환된다.

법체계 외부의 사회 예비규범 자원을 활용하는 논증의 구조는 우리 법체계가 외부 변화에 적응하는 개방적인 체계(open and adaptive system)<sup>116)</sup>의 성격을 가지고 있음을 보여준다. 법체계는 외부 환경과 분리되어 존재하지만 외부와 절연되어 있는 것은 아니며, 외부 환경으로부터 받는 자극과 압력을 수용하여 변화한다. 물론, 법체계 외부의 가치 및 규범 자원을 활용하는 논증이 빈번하게 일어나는 통상적인 결정은 아니다. 법원이 내리는 대부분의 결정은 내적 논증을 통해서 얻어진다.

## 2. 법체계의 개방성과 법의 변화

법체계의 개방성은 법의 변화와 연계된다. 법 개념을 검토함에 있어서 간과하지 말아야 하는 중요한 점은 법이 가변적이라는 사실이다. 법은

---

적응해야 하기 때문에 그 자체가 전체 체계의 한 부분으로 존재하는 종속적인 특성을 지닌다.”

116) Teubner(1993), Law as an Autopoietic System. Teubner는 체계가 겪는 변화를 두고 “변이→선택→재안정화” 과정이라고 정리한다.

사회 구성원의 참여를 통해 형성과 축적의 과정을 거쳐서 내용이 만들어졌기 때문에, 단순히 주어진 소여(所與)로서 법을 받아들이게 되면 법의 변화를 이해하기가 어려워진다.

‘악법은 법인가’라는 질문에 답함에 있어서, 법과 도덕적 가치의 관계에 관한 비실증주의와 법실증주의 양대 입장은 분명한 차이를 보인다. 법실증주의는 법의 가시(可視)적 측면에 주목한다. 비실증주의는 가시성에 주목하는 법실증주의가 법의 외형만을 보고 그 내부의 가치를 간과하고 있음을 비판한다. 하지만 두 입장이 법을 바라보는 관점이 아무리 다르다 하더라도, “법은 바뀔 수 있다”라는 지점에서는 서로 화해할 수 있다.

법실증주의나 자연법론 모두 법이 고정된 불변의 것이 아니라는 점에는 생각이 일치한다. 법이 변화하는 경우, 법실증주의 입장에서는 가시적인 실정법이 변화하는 것이며, 비실증주의 입장에서는 실정법의 내부에 있는 자연, 즉 법의 내재적 가치가 변화한다. 실정법이란 “인간의 의지, 국가의 의지에 의하여 무엇이든지 규정할 수 있고 따라서 언제든지 변화할 수 있는 법<sup>117)</sup>”이다. 따라서 법실증주의에서는 사회적 권위와 절차에 따르는 경우 얼마든지 실정법 개폐가 가능하다.

비실증주의는 자연법의 불편성과 보편성을 강조하며 법실증주의 실정법 개념의 자의성을 비판하는 것처럼 일견 보이나, 비실증주의가 말하는 ‘자연’에도 변화의 개념이 내포되어 있다. 비실증주의, 자연법론 역시 자연법의 역사적 가변성을 인정한다. 자연법주의 혹은 비실증주의 학자들

---

117) 김도현(1997), 사회학적 법개념에 관한 연구, P.95

“단 한 번의 결정으로 법이 된다는 것은 대단히 근대적인 관념이다. 이것은 근대 실정법이 가지고 있는 특성인 것이다. 실정법은 법을 속박하는 모든 선형적이고 초월적이고 신분적인 존재를 거부한다. 그것은 인간의 의지, 국가의 의지에 의하여 무엇이든지 규정할 수 있고 따라서 언제든지 변화할 수 있는 법을 의미한다. 실정법이란 변화 가능한 법이다. 실정법이라는 관념 아래서만 과거와 단절되는 전혀 새로운 규칙의 제정과 이것을 장래에 보편적으로 적용하겠다는 의도가 빛을 발한다. 이것은 원시사회에까지 일반적으로 타당한 속성이 아니다. 원시사회에서 법은 권위자의 일회적 결정에 의해서라기보다는 우선 사회구성원의 일상적 삶의 담론적, 실천적 규칙으로서 존재한다. 따라서 ‘의도’라는 부가적 표현은 받아들일 수 없는 것이다.”

도 자연법의 ‘자연’ 개념이 변화함을 인정함으로써 영원불변의 진리에 관한 고전적 자연법 관념은 수정되었다. 자연법론에서 말하는 자연은 “완결된 형태로 주어진 것”이 아니라 “점차적으로 자라는 어떤 것”을 의미한다.<sup>118)</sup> 즉, 인간의 이성은 “불완전으로부터 점차 완전으로 나아가는” 발전적 개념으로서 가변성을 지닌다.<sup>119)</sup>

법의 ‘변화’에 주목한 여러 학자들은 “법 진화론”의 다양한 방식으로 이에 접근하였다.<sup>120)</sup> 법에 있어서 ‘영원불변의 진리(veritas aeternitatis)’를 찾는 것은 가변적인 사회 환경과 법체계의 관계를 생각할 때 불가능한 일이며, 또한 바람직하지 않은 일이기도 하다. 법은 언제나 변화에 열려 있는 것이며, 법의 합리화 과정에 놓여 있다. 자연법이나 법실증주의는 본질적으로 같은 법현상을 두고 다른 관점에서 분석한 것이다. 다시 말하여, 법실증주의의 ‘변화 가능한 실정법’ 개념을 따르건, 비실증주의의 ‘변화 가능한 자연’ 개념에 따르건, 법은 변화하는 법, 변화에 열려 있는 법이다.

118) 박은정(2007), 자연법의 문제들, 세창출판사, 2007, p.21

119) 박은정(2007), 자연법의 문제들, p.265

“그리고 자연법론자들이 자연법이 이성의 원리라고 본다고 하여, 이와 함께 사람의 이성이 완전하다거나 그래서 법의 체계가 이성의 완전한 구현이라고 주장하는 것으로 이해해서는 안 된다. 그들에 의해서도 인간의 이성은 발전적인 개념으로 이해되고 있다. 일찍이 토마스 아퀴나스도 불완전으로부터 점차 완전으로 나아가는 것이 사람의 이성이라고 말한 바 있다.”

120) Max Weber는 법 영역에서도 ‘형식적 합리화’의 진행 과정을 중시하면서, 법의 변화가 전근대적 실질법 → 근대적 형식법 → 탈근대적 실질법 순으로 진행한다고 설명한다. 근대의 형식적 합리주의 법학에 따른 법 형식주의를 비판한 Weber는 법이 형식주의의 단점을 극복해야 한다고 말한다. 그러나 이러한 순차적이고 선형적인 법 진화론에 대해서는 사회학의 틀을 법학의 영역에 바로 접목한 것이라는 비판이 가능하다. 이러한 비판은 법은 고유한 내적 역학을 통해 진화한다는 이론을 주장하면서 법의 진화에 관하여 논한 Nonet과 Selznick에게도 적용된다. Nonet과 Selznick에 따르면 법의 진화 순서는, 억압적 법(repressive law)에서 자율적인 법(autonomous law), 그리고 응답적인 법(responsive law)으로 진화한다고 한다. 하지만 이는 선형적인 틀로 법의 변화에 단순하게 접근하였다는 비판이 가능하다.

[표 2-2 : 법원의 법형성 결정에 따른 실정법 변화]

구 분	기 반	변화 방식
성문법	㉠ 명문의 법령	㉠ contra legem
판례법	㉡ 선례 구속주의	㉡ departure
관습법	㉢ 법원의 확인	㉢ recognition

만약, 법원이 해당 준거를 엄격하게 따르는 것으로부터 벗어나 내용의 일정한 변화를 꾀하는 경우에는, 법률의 문언에 반하는 해석을 하거나 선례로부터의 이탈, 새로운 관행을 확인하여 그를 법으로 선언하는 과정을 거치게 된다.<sup>121)</sup> 법원의 법형성 결정은, 상기 ㉡와 ㉢, 그리고 ㉠~㉢에서 결정적인 영향력을 발휘함과 동시에, 그러한 변화 혹은 ‘결별’을 뒷받침할 근거를 거증할 논증책임을 부담한다.<sup>122)</sup> 즉, 법원은 법의 안정성과 신뢰 보호라는 목적에서 결정을 내림과 동시에, 구체적 정의의 실현을 위하여 변화를 가져오는 결정도 내리게 된다.

법체계 외부자원이 그대로 법적 판단의 논거가 될 수는 없지만, 법원은 이를 법체계 내부의 논리와 결합하여 일정한 결정을 산출해낸다. 이러한 ‘결합’에는 법원리가 활용된다. 현행법에 대한 불만족을 해결하기 위하여 법원이 동원하는 정책적 판단기준, 혹은 경험적 명제는 법체계 안에는 아직 충분히 반영되지 못한 내용으로서, 법원의 판결을 통해서

121) 법원은 성문법의 내용을 일정한 조건에서 제한할 수도 있지만, 특히 판례법과 관습법은 판단준거의 형성(generation point)과 변화(departure point)가 법원에 의해 결정된다는 점에서 법원의 판결이 가지는 의의가 한층 더 중요해진다.

122) 심헌섭, “법획득방법의 기본구조에서 본 법학과 법실무”, 1982, p.42

“따라서 ‘본질적으로’ 같은 사안이 한 판례에 따르도록 요청된다 하겠다. 그러나 이것도 판례를 영구히 고수하라는 것은 아니다. 영국에서마저도 판례계속을 부인하는 판결이 내려진 터이다. 그러나 판례구속의 원리로 보아 그것으로부터의 이탈은 Perelman의 ‘관성의 원리’를 충족시켜야 할 것이다. 즉 전통과의 결별을 뒷받침할 ‘충분한’ 근거를 거증할 논증책임을 져야 할 것이다.”

법체계 내부로 들어온다.

동태적이고 가변적인 법원리가 출현하는 판결은 현행 성문법의 외부적 자원을 활용한 결정이라고 할 수 있다. 변화(crisis)의 단계에서 법원에서 법형성 판결을 내릴 수 있도록 역동성을 제공하는 것이 '법원리'이다, 법원리는 추상적이기에 그 실질을 충전(充填)할 수 있으며, 법원은 문제사안에 적합한 결정이 산출될 수 있도록 법원리의 구체적 내용을 충전하여서 일정한 결론을 내린다.

## 제2항 현행법 비판과 법 변화의 방식

### 1. 비판과 실천적 변화의 과정

현행법에 대한 비판적 사고는 법의 변화를 촉발한다. 그런데 법실증주의자와 자연법주의자에게 있어서, 현행법에 대한 비판과 대안적 규범의 모색은 어느 정도의 거리를 지니는가? 좀 더 정밀하게 질문을 던지면, 법실증주의와 자연법주의자에게 비판과 실천의 두 개념은 어떠한 층위에서 존재하는가?

법실증주의자에게 현행법에 대한 비판과 그에 기한 대안적 규범의 모색은 - 당연히 연계되기는 하나 - 다른 차원에 위치한다. 강제력 있는 사회적 실행으로서의 실정법이 부족하거나 잘못된 점이 있다고 하더라도, 그러한 비판에서 대안의 실행이 곧바로 추동력을 갖지는 않는다. 그러나 자연법주의자에게 현행법에 대한 비판과 그에 기한 대안 - 충실한 자연법주의자는 '대안'이라는 표현보다 '본질'이라는 표현을 더욱 선호하겠으나 - 적 규범의 모색은 같은 차원에 존재한다. 응당 그러해야 하는 규범, 다시 말하여 '자연법'은 실정법에 대한 비판이자 동시에 실정법에 대한 대안으로서 거의 동시에 - 법실증주의자에게는 짧은 길든 분명 시차(時差)가 존재하나 - 떠오른다.



‘그 법(악법)은 법이 아니다’라는 - 일견 모순적 - 문장은 현존과 당위가 혼재되어 있다. ‘그 법은’이라는 주부에서의 법은 문제가 되는 법률을 말하며, ‘법이 아니다’라는 술부에서의 법은 타당하고 마땅한 법을 의미한다. 현존하는 실정법이 타당하고 마땅한 내용으로 ‘변경’되어야 함을 강조하는 문장이라고 할 수 있다. 이는 실정법을 평가하고 변화시키는 자연법이론의 비판적이고 실천적인 측면을 명확하게 보여주는 문장이다.

법체계는 사회체계 내에 존재하기 때문에, 법은 끊임없는 변화의 과정 속에 놓여 있는 가변적인 것이다. ‘건전한 상식’ 역시 사회 구성원들의 생각에 따라 유동적이다. 자연법의 관점에서 보았을 때 이는 비고정성·가변성은 불안의 요소가 된다. 비난 받아 마땅한 극악한 내용 혹은 편협하고 어리석은 내용의 법규가 - 거시적으로 보았을 때에는 - 통상의 법규범과 비슷한 지위를 점한다는 것이 불안을 유발한다.

규칙은 행위를 제약하고 동시에 가능하게 해주는 것으로서, 행위과정 속에서 끊임없이 재생산되고 또 변형된다. 규칙은 행위를 매개하는 매개체인 동시에 행위의 결과물이다. ... 마찬가지로 법도 고정되어 있는 것이 아니라 끊임없이 변화하는 유동적인 것이다. 규칙과 규칙의 일종인 법은 고정적이지 않다. 그것은 일반 행위자의 행위를 제약하는 동시에 가능케 하고 그와 동시에 행위에 의하여 재생산되고 변형되는 것이다. 법은 행위자의 행위에 의하여 끊임없이 [창]조되고 재생산되고 변경되는 역동적이고 문제적인 현상이다<sup>123)</sup>.

다만, 법실증주의 입장에서는 그러한 법의 변화가 의식적·제도적으로 가능한 것이지 악법이라는 판단만으로는 가능하지 않음을 말한다. 즉, 법실증주의 입장에서는 “그 법은 악법이므로 법이 아니다”라는 언명이, 법실증주의 관점에서는 “악법도 법이지만, 우리는 그 법을 변경할 것이다”라고 정리된다. 현실과 이상의 차이를 두고, 이상에 합치하지 않는 현실

---

123) 김도현(1997), 사회학적 법개념에 관한 연구 : 구조 차원과 행위 차원의 법 이 중성, p.77

이 저절로 변경되느냐, 아니면 일정한 변경 행위를 거쳐서 변경되느냐 하는 차이이다<sup>124)</sup>.

다시 말하여, 법실증주의에서 ‘비판’과 ‘대안 모색’이 연결은 되어도 서로 다른 층위에서 존재하는 개념이라고 한다면, 자연법주의에서는 ‘비판’이 곧 ‘대안 모색’이다. 왜냐하면 자연법주의에서 현행법을 비판하는 논리는, ‘대안(진정한 자연법)’에 어긋나는 현행법의 부조리함을 ‘비판’하는 구성 방식을 취하고 있기 때문이다. 자연법주의에서 특정한 현행법을 비판하는 방식이 바람직한 ‘대안’과의 괴리를 지적하는 방식으로 이루어지기 때문에 자연법주의에서의 비판은 곧 대안의 제시와 동일한 개념적 차원에 존재할 수밖에 없게 된다.

알렉시는 “정의의 근본원리들에 명백하게 반하는” 불법이 법으로서의 지위를 박탈당하고 법으로서의 효력을 부인하는 논리를 다음의 판결을 통해서 설명한다.

연방헌법재판소는 나치의 ‘법’ 규정에 대하여 법으로서의 효력을 부인하

---

124) 이는 부정할 수 없는 문제가 있는 악법에 대하여, 행위 주체의 이중적 정체성에 따라 상황 여건에 맞는 다른 태도를 취하라는 칸트의 입장을 설명해준다. 칸트는 악법을 비판하는 것은 시민적 자유이나, 그것을 준수하는 것은 의무라고 설명한다. 아무리 악법이라도 공무를 수행하는 공직자의 입장에서는 그를 철저히 준수하여야 하며, 퇴근하여 직무를 담당하지 않는 때에는 자유로운 시민으로서 악법을 마음껏 비판할 수 있다는 칸트의 철학은 이상적 법과 현실의 법을 나누어 상황에 적합한 대처를 요구한다. 이하는 칸트의 이원론적 입장에 관한 개략적 설명이다.

“칸트의 철학은 이상과 현실을 엄격히 구별하는 이원론의 입장을 취하고 있다는 점에서 그 근본적인 특성의 하나를 나타내고 있다. 한국의 개화기 이후의 법학은 칸트의 이원론의 영향 아래에 있어 왔다. 칸트의 이원론의 내용은 다음과 같다. “우리가 현상계에서 확립할 수 있는 자연과학의 지식은 현상계 이외의 세계에까지 미칠 수는 없다. 즉 현상계의 배후에 있는 물자체(Ding an Sich)는 자연과학적 개념 구성의 한계 밖에 있다. 그리고 이러한 한계 밖의 세계는 실천이성이 지배하는 세계인 데 반하여, 여기에서 실현될 도덕의 이상은 인간의 노력에 의하여 실현되어야 한다는 것, 다시 말하면 당위(Sollen)인 것이며 있는 그대로의 존재의 세계인 것은 아니다. 사실의 세계는 약간의 예외도 허용될 수 없는 인과율이 지배하는 것이지만 이상에 의하여 규정된 도덕의 세계에는 사실의 여하에는 관계되지 않는 당위의 법칙이 시행되고 있다.” 라트부르흐가 법의 당위와 법의 존재는 각각 별개의 고유 법칙에 의하여 지배된다고 하여 방법이원주의를 수립하였을 때의 근거가 칸트의 이원론에서 흘러나온 것으로 추정된다. (김철, 한국법학의 반성, 한국학술정보, 2009, p.109, 각주 54번)”

는 데 찬성한다. 왜냐하면 나치의 법규는 정의의 근본원리들에 명백하게 반하고, 따라서 법관이 그 규정을 적용하거나 그 규정의 법적 효과를 인정하려고 한다면 그는 법 대신 불법을 선언하게 되기 때문이다.

[BVerfGE 3, 58(119);6, 132(198)]<sup>125)</sup>

이러한 자연법주의에서의 현행법 비판 방식은 당위와 현존을 혼동하는 개념적 혼란을 야기하기도 하지만, 오히려 그로 인하여 - 바람직한 대안과 현행법 사이의 괴리를 지적하는 방식으로 인하여 - 비판의 실천력이 더할 나위 없이 높아지는 효과도 함께 수반한다.

비실증주의에서 정의에 반하는 법을 법으로 인정하지 않을 때, 그 근거를 제공하는 중요 논리는 법의 효력론이다. 법의 효력은 법의 개념은 밀접하게 연관되었으며, 법의 여러 다층적 효력 중 ‘정당성’이라는 효력이 결여되면 법개념의 완결성 측면에서 문제가 발생한다.

“법개념을 추구하는 일은 언어적 명확성을 기하기 위한 문제만이 아니라 현실에서 만족스러운 법적 해결책을 찾는 데도 도움이 되지 않으면 안 된다. (...) 그러자면 법개념 논의에서 우리는 법오용 내지 법왜곡의 현실상황도 고려하지 않을 수 없다. 입법자들이 언제나 최선의 입법을 하는 것은 아니며, 아니 심지어는 최악의 입법을 감히 획책하기도 하기 때문이다. 이러한 극단적 상황에서는, 즉 극단적인 부정의를 내용으로 하는 규범에 대해서는 효력을 인정할 수 없으며, 그러므로 법으로서의 성격 또한 박탈할 수밖에 없다. 만약 법이 너무나도 내용적으로 부당하면 효력이 없고, 효력이 없으면 법이 아니다 라고 말할 수밖에 없게 된다. 법관에게든 시민에게든, 법의 이름으로 이유 불문의 복종을 요구하는 이른바 ‘판단의 항복’은 받아들여질 수 없다.<sup>126)</sup>”

이처럼 비실증주의 입장에서는 정당성 측면에서 법의 효력을 강조한다. ‘법률적 불법’에 대한 불법<sup>127)</sup>의 논리적 배경이 되기 때문이다. 이처럼

---

125) 로버트 알렉시 著, 이준일 譯, 법의 개념과 효력, p.17

126) 박은정, 전게서, pp.55-56

럼, 법실증주의 입장에서의 현행법 비판은 권위적 개폐 작업을 반드시 요하기 때문에 그러한 실천이 따라주지 않는 경우에는 단순히 비판의 층위에서 그치고 마는 문제를 가질 수 있으나, 자연법주의에서의 현행법 비판은 온당한 자연법에의 어긋남을 이유로 비판받는 것이기에 마땅한 규범적 상태를 ‘회복’해야 하는 과제를 필연적으로 수반하기 때문이다<sup>128)</sup>.

## 2. 비판의 방식과 법의 변화방식

법실증주의와 비실증주의는 ‘비판적 사고’에 있어서는 동전의 양면과 같다. 하지만 비판적 사고가 즉자적(即自的) 실행성을 가지는가 여부가 달라진다. ‘악법(惡法)은 법인가?’라는 질문이 가지는 비판적 기능을 무시할 수는 없다. ‘악법은 법이 아니다’라는 언명에는, 그러한 악법을 ‘이제는 더 이상’ 사회의 준거 규범으로 삼고 싶지 않다는 의지와 회구가 내포되어 있다.

‘악법’에 관한 법실증주의와 비실증주의가 취하는 결론은 중국적 차원에서는 큰 차이가 없다. 문제가 감지되는 이른바 ‘악법’이 ‘변화’할 필요가 있다는 ‘비판적 문제인식’에 있어서는 양자가 동일한 입장을 취하고 있기 때문이다. 우리가 어떠한 법을 두고 ‘악법’이라고 평가하는 이유는, ‘법의 변화’를 요청하기 때문이다. 법의 변화를 촉구하는 비판적 사고에 있어서만큼은 법실증주의와 비실증주의의 시작과 결론이 동일하다. 다만

127) 김도현, “사회학적 법개념에 관한 연구”, p.31

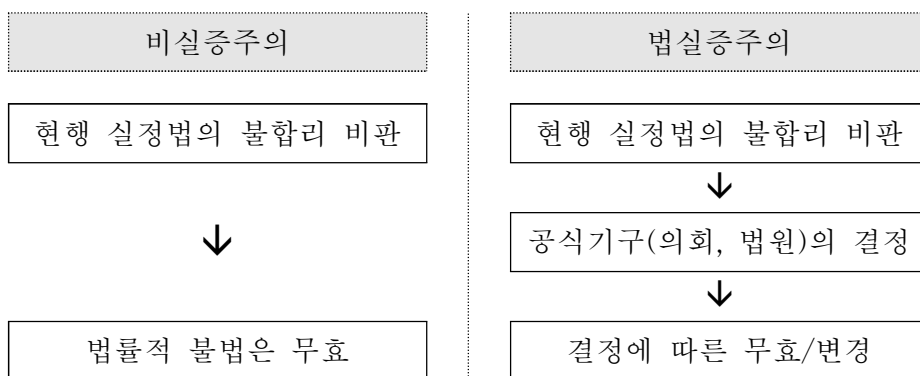
: “사회학에서 말하는 정당성이란 정의나 합목적성 같은 법이념의 영역보다는 법효력론에서 논의되는 승인의 문제에 대단히 가깝다. 사회학적 정당성이란 질서의 타당성에 대한 주관적인 믿음을 의미할 뿐, 질서가 정의로운 것인가에 대한 물음은 아니다. 정당성은 일반 행위자들이 자기가 속한 질서에 복종해야 한다고 믿는 정도인 것이다. 물론 이것은 복종에 대한 명확한 자의식을 요구하지 않고, 복종에 대한 명시적인 표현도 요구하지 않는다. 단지 복종해야 한다는 믿음을 어렴풋이 가지고 있고 그것이 실제 행동으로 드러나면 그것은 정당성을 누리는 질서이다.”

128) 이를 또 다른 각도에서 보면, 자연법은 ‘섭리’와 ‘본유적 이성’을 강조하고 있으나, ‘사회적 실행’을 강조하는 법실증주의가 보다 더 투명하고 비판에 열려 있으며 또한 정치적 차원에 있어서도 더욱 민주적이라는 평가도 가능하다.

그 논리적 과정이 상이할 뿐이다.

반성과 성찰을 통해서 법의 변화가능성을 열어두는 점, 그리고 현행 실정법을 비판적으로 점검하는 측면에 있어서 법실증주의와 비실증주의 양자는 같다. 현행 실정법의 ‘한계’와 ‘변화 가능성’에 있어서는 어느 이론을 취하건 같은 결론을 내릴 수 있다. 다만 현행법을 비판하는 방식의 차이가 양자를 구분하는 분기점이 된다.

[표 2-3 : 현행법 보완·변경의 방식 비교]



법실증주의는 사회적으로 인정받을 수 있는 규범 개폐가 필요함을 강조하고 비실증주의는 자연법으로 상징되는 인간의 이성과 도덕적 근본원리의 모색을 강조한다. 법실증주의와 자연법주의는 같은 내용을 두고 다른 설명과 비판의 방식을 채택한 것이라고 할 수 있다. 현행 실정법에 관한 법실증주의와 비실증주의 양자의 비판적 접근을 간명한 표현으로 풀이하면 상기와 같이 구성된다.

법실증주의에서는 어떠한 법을 ‘악법’으로 판단하거나, 혹은 특정 법률이 아무리 악법이라는 확신이 든다고 하더라도 ‘법이 아니다’라고 말하는 것이 쉽지 않다. 가치의 통약불가능성을 양보하여 ‘법이 아니다’라는 보편적 판단이 가능하더라도 이는 도덕적 판단이지 법적 판단일 수는 없다.

판단과 행위 주체와 유리된, 객관적 법규범의 존재는 현실적 설득력이 미약하다. 개념 층위에서 아무리 이성적·도덕적 법을 상정한다 하더라도,

실천이 없다면 해당 규범은 진공상태에 머무를 뿐 법이라고 보기는 어렵다. 따라서 법을 사회적 실행(social practice)로 보는 법실증주의가 우리 사회의 법현실에 대한 더욱 높은 설명력을 가진다. 법은 외부의 물리적 실체를 가지지 않는다. 법으로서 ‘인지’되지 않으면 법으로서 ‘존재’하는 것이라고 볼 수 없다. 어떠한 기준 내지 주장이 법으로서의 지위를 얻기 위해서는 법으로서 인지되어야 한다. 보편적으로 인식되는 ‘정의’는 상정하기 어려워도, 보편적으로 인지되는 ‘법’은 상정 가능하다. 이를 다른 측면에서 강조하자면, 법체계는 사회 체계 내에 존재한다. 법이라는 규범 체계는 인간이라는 인식 주체와 분리되는 독자적 객체로 존재할 수는 없다. 보편적 이성이 담긴 자연법이라는 ‘객체’는, 중국적으로는 합리적인 결정을 위하여 노력하는 인간이라는 인식과 판단의 ‘주체’와 분리 불가능하다. 법의 내용은 중국적으로는 수범자인 인간 주체에 의해서 영향을 받는다.

법의 변화는 법체계 그 자체의 내부에서 진화의 동인을 찾을 수 있는 것이 아니며, 법체계를 구성하는 인간 사회의 변화가 투영된 것으로 보는 것이 정확한 이해가 될 것이다. 국가체계·정치체계 내에서 법체계가 존재하며 인간의 사회생활을 규율하고 있으므로 사회 환경과 정치의 변화는 법체계의 구성적 요소에 영향을 끼치게 마련이다. 만약 법체계가 존재하는 사회가 오히려 응답적 법을 요구하는 사회에서 억압적 법을 요구하는 사회로 변화하였다면, 탈근대적 실질법에서 형식적 법이 더 어울리는 사회로 변화하게 되었다면, 법은 그에 맞추어 변화하였을 것이다. 따라서 사회의 변화와 법의 변화를 분리하여 설명하기는 어려우며 법의 진화를 순수하게 법체계만의 진화적인 무엇으로 보는 것은 적합하지 않다<sup>129)</sup>.

129) 법의 진화에 관하여 Teubner는 법은 외적 자극과 내적 논리 모두를 통해 진화한다고 말한다. Teubner는 Luhman 이론을 받아들여, 법적 진화는 법체계 내부의 변이와 함께 외부 사회 환경의 변이를 통해서 촉발된다고 설명한다. Teubner는 법의 변화 내지 진화가, 형식적 법 → 실질적 법 → 반성적 법 순서로 이루어진다고 말한다. Teubner가 설명하는 ‘내부적 진화’란 법체계 내에서의 세부적 공고화와 구체적 내용의 보강에 가깝다고 평가할 수 있으며, 인간 사회와 유리되어

### 3. 가시적 객체와 비가시적 주체

자연법 담론에서 누락된 요소가 있다. 법 규범은 인간의 행위 - 판단, 선택, 실천 등- 와 결합하여 작동한다는 사실이다. ‘자연법’은 인간에 관한 법이나, 현재의 사회 실정법과 분리 가능한 자연법을 상정한다는 점에서 ‘진리외재설’의 모양을 취한다. 그러한 논의의 대상이 인간 사회의 질서의 총화인 법이라는 점에서 외재(外在)하는 진리로서의 법 관념은 충분한 설명력을 가진다고 보기 어렵다. 이는 인간의 ‘이성’이 그 주체인 인간과 분리된다고 하는 것과 비슷한 논리이다.

독자적 별개로 존재하는 자연법이라는 관념은, 인식 주체의 모습을 가림으로써, 그러한 차폐 속에서 대상으로서의 법만 존재하는 것으로 오도하기 쉽다. 우리가 법을 논의할 때 법이 그 자체로서만 독자적으로 절연하여 존재하는 것이 아님을 유의해야 한다. 법은 법이 작용하고 있는 ‘사회’와 그러한 법을 수용하는 ‘행위주체(human agent)’를 전제하여야 한다. 이성이 혼자 저절로 작동하지는 않는다. 인간의 인식과 판단이라는 행위 작용과의 결합이 있어야 한다. 이성과 논증 작용에는 인적 요소의 개입이 필요하다. 객체가 인식·판단 주체와 동떨어져 존재할 수 없다. 법이라는 객체의 돋보이는 가시성(可視性)과 비교할 때, 비가시적이기 쉬운 인식·판단의 주체는, 종종 주체의 존재 자체를 잊게 만든다. 자연법이 이성의 총화(總和)로서 객관적으로 존재하는 것이 아니라, 인간 사회가 기존의 상황보다 더욱 합리적으로 변화하며 자연법을 구성하는 것이다<sup>130)</sup>. 인간이라는 인식과 판단의 주체가 변화하지 않는다면, 자연법이라는 객체도 변화할 수 없다.<sup>131)</sup>

---

존재하는 독자적인 법체계의 진화를 상정하는 것은 비현실적 논의라고 하겠다.

130) 법의 연원 내지 법의 원천(源泉)에 관한 자연법이론은 다분히 ‘신화적’ 혹은 ‘종교적’ 요소를 가진다. 부정의로부터의 ‘구원’을 찾는 종교적 색채 역시 가지고 있다. 자연법이 실정법의 상위라는 생각은 신앙의 위계질서와 유사한 논리적 구조를 가진다. 법이라는 객체와 인간이라는 판단과 행위의 주체가 분리될 수 없음을 명확하게 인지하는 것은, 법의 연원에 관한 탈(脫)신비주의를 가능케 한다.

독립적 별개로 존재하는 법체계라는 관념은 법의 본질적 성격상 - 무정물을 대상으로 하는 물리학 등 자연과학이 아니라, 인간 사회를 대상을 규율과 질서를 부여하는 법의 속성을 감안할 때 - 설득력이 부족하다. 이는 법을 도덕과 분리시키는 법실증주의를 택하는 입장에서 더욱 그러하다. 인간의 이성은 초연하게 따로 존재하는 객관적인 실체가 아니라, 인간이라는 주체와 함께 있다. 따라서 법은 인간(agent)이라는 사회적 존재와 결합하여 형성, 존재, 유지, 변화한다. 따라서 법과 도덕이 무관한 것이 아니라, 법은 인간의 것이고, 인간의 행위와 가치는 - 당연하게도 - 도덕과 불가분의 관계이다. 법과 도덕 양자의 관계를 논할 것이 아니라, 인간과 법, 인간과 도덕을 논해야 한다. 법과 도덕의 본질적 관계가 어떠한가에 관한 논의에서 간과하지 말아야 할 것은 그러한 법과 도덕을 수용하는 인간 행위주체에 관한 것이다. 행위 주체를 논의에서 배제하고 법과 도덕의 관계를 논의하는 것은 공허한 담론이 될 소지가 크다<sup>132)</sup>.

법실증주의에 대한 오해는, 법실증주의가 내재적 이성보다 '결단'을 중시함으로써 정의를 보다 쉽게 부정할 가능성이 있다는 것이다. 하지만 법실증주의는 인간 주체의 판단을 중시하는 것이지, 도덕에 무관심한 것이 아니다. 자연법의 본성(nature)은 인간의 본성 중 특정한 정향을 지닌 일부 본성이다. 이러한 연유로 정치질서 안에 법질서가 존재하며, 법의 영역은 정치의 영역 내에 있다. 법에 관한 현실적인 논의가 이루어지기 위해서는 인간 행위주체와 사회의 규범질서에 관한 분석이 필요하다.

---

131) 인간이 합리적으로 되려고 노력하기 때문에 법의 내용이 이성적일 수 있다. 즉, 인간의 합리성 추구가 법에 합리성을 부여한다.

132) 도덕이 인간 없이 존재할 수 있는가? 그렇지 않다. 법이 인간 없이 독자적으로 성립할 수 있는가? 그렇지 않다. 가치의 판별과 권위의 위계는 모두 사회적 상호작용과 인간 주체의 평가·판단 행위와 결부된다.



## 제 3 절 법원리의 의미와 특성

### 제1항 법원리의 의미

#### 1. 법체계와 법원리

법원리는 법체계 전반의 규범이 지향하는 바를 표상한다. 법원리는 의회가 법을 제·개정할 때 입법지침으로서 방향성을 제공하며, 또한 법원이 구체적 사안에 적합한 결정을 내림에 있어서 법질서와 사회정의론을 논거로 삼을 때 거명된다. 보통 법원리(法原理; legal principle)는 법질서를 향도하는 일반 이념으로 널리 이해된다. 사물의 본성(Natur der Sache) 혹은 우리나라 민법 제1조에서 말하는 조리(條理), 신의성실의 원칙, 제103조의 사회질서 등이 법원리로 환치될 수 있거나 친연관계에 있다.

물론, ‘법원리’라는 것도 사실상 그 층위가 다양하다. 따라서 주요 개념을 다름에 있어서 법원리라고 단순히 지칭하는 것에 주의할 필요가 있다. 하지만 법원리는 직접적이지 않다는 점에서, 법적 요건과 효과가 구체적으로 정해져 있는 법규칙과 구별된다<sup>133)</sup>.

‘법원리(legal principle)’는 일반·추상성이 두드러지는 규범으로서, 규범의 일반성에 반비례하여 규범적 밀도(density)는 매우 낮은, 다시 말해

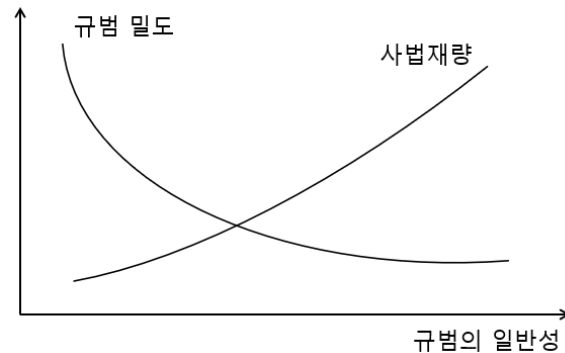
---

133) 김형석, 법발견에서 원리의 기능과 법학방법론, pp.10-11

: “원리가 법질서에서 가지는 지위와 역할을 해명하기 위해서는 우선 규범과 대비되는 원리의 개념을 규정할 필요가 있다. 이에 대해 에쎈는 성질을 달리하는 여러 종류의 원리들을 포괄하여 하나의 정의를 내리기는 쉽지 않지만, 적어도 다음과 같은 (소극적인) 점은 공통으로 한다고 말한다. 즉 원리는 특정 문제에 대한 직접적이고 구속력 있는 지시를 포함하지 아니하고 재판이나 입법이 그러한 지시를 가공해 낼 것을 요구한다는 점에서, 법명제나 법규범과 구별된다. 여기서 지시(Weisung)라는 표현은 일정한 요건을 전제로 함을 의미하므로, 규범은 사안 포섭에 의한 적용을 가능하게 한다는 점에서 원리와 구별된다고 할 수 있다. 반면, 원리는 그 자신이 지시가 아니며, 지시의 근거, 기준, 정당화이다. 결국 규범은 요건과 효과가 구체성을 갖추어 사안 포섭에 의한 법률효과 도출이 비교적 명확한 당위를 말하며, 원리는 그러한 성격을 결여한 보다 일반적인 당위를 의미한다고 보인다. 요컨대 법원리 대 법규범의 관계는 내용 대 형식의 관계인 것이다.”

내용적으로 ‘성건’ 규범이다. 법규칙과 법원리의 관계는 정도(degree)의 차이가 있는 연속적인 관계(continuum)에 놓여 있다. 따라서 법원리의 개념적 층위는 다양하다고 볼 수 있다.

〈그림 3-1: 규범의 일반성과 규범의 밀도〉



사법부는 구체적 사안에 적합한 판단을 내리기 위하여 법원리를 활용하는 경우가 많다. 기존 규범으로 포섭할 수 없는 새로운 유형의 사안에 적합한 결론을 산출하거나, 현행 법리를 변경함으로써 보다 적합한 결론을 산출할 수 있을 때, 사법부는 그 결정의 근거를 사회적 정의와 형평과 같은 추상적 법원리(principle)에서 찾고 있다.

“법원리주의란 법체계를 확정적 법규범과 법원리규범으로 구성된 체계로 파악하는 법체계론을 말한다. 따라서 법원리주의는 법원리규범 역시 확정적 법규범처럼 법으로서 구속력을 갖는다고 당연히 전제한다. 법원리의 주요 형태와 근원은 개인의 권리를 정당화하는 가치들 및 이념, 정치적 공동체의 운영과 작동에 관련된 가치들, 사회경제적 정책을 정당화하는 가치들 및 이념 등이다. 이를 ㉠권리에 관한 법원리(권리관련 법원리규범), ㉡기본적 사회구조의 구성에 관한 법원리(통치조직, 사회조직, 경제조직 구성원리들), ㉢정책적 판단에 관한 법원리(정책적 법원리규범들: 경제적 효율성, 합목적적성)으로 대별하여 볼 수 있다.<sup>134)</sup>”

법원리가 일반 법규칙과 단순히 추상성의 정도에 따라 양적으로 구분

134) 김도균, 법적 이익형량의 구조와 정당화문제, p.38

되는 것인지 그 논리적 성격에 따라 질적으로 구분되는 것인지에 관하여 대립된 이론이 존재한다. 예컨대 라즈는 법원리와 법규칙의 차이는 법정책적(legal policy) 차이라고 보면서, 법원리를 법규칙과 질적으로 구분되는 것으로 접근하지 않고 있다<sup>135)</sup>. 하지만 하트는 규범의 적용방식과 규범충돌 해결방식의 차이에 따라 법원리는 법규칙과 논리적으로 그리고, 질적으로 다른 것이라고 풀이한다.

## 2. 법원리와 법규칙의 구분

법원이 법규칙에 입각하여 판결을 내리는 경우와 법원리에 입각하여 판결을 내리는 경우 그 관찰되는 양상에 있어서 많은 차이가 보인다. 법규칙과 대비되는 법원리의 성격은, 내용의 ‘최적(最適)실현’과 규범충돌이 발생하는 경우 ‘형량(衡量)’을 통한 모순되는 내용의 조화, 법적 효과의 (상대적인) 불확정성이다. 범명제의 ‘요건’을 따져서 그에 따른 ‘효력’을 연역적으로 인정하는 방식이 아니라, 여러 가지 제반 사정을 고려하는 (all things considered) 종합적 사고방식이 동원되는 판결에 법원리가 등장하기 때문이다. 법규칙은 범명제가 먼저이고 그에 대한 법적 효과를 부여하는 결정이 내려지지만, 법원리는 종합적·정책적 검토를 통해 적합한 결정이 먼저 산출되고 그에 대한 규범적 성찰과 재검토가 이루어진다고 함이 현실을 정확하게 설명할 것이다. 특정한 법원리를 통해서 일정한 법효과가 도출되는 것은 아니며, 하나의 사안에 서로 다른 방향을 제시하는 여러 개의 법원리가 존재하는 경우도 빈번하다. 따라서 법원리가 논증에 활용되는 경우 법원은 ‘형량’이라는 사고방식을 채택하게 된다.<sup>136)</sup>

135) Raz(1972), Legal Principles and Limits of Law, p.842

136) 다만, 법원리의 활용이 형량(衡量, balancing)을 요청하지만, 형량의 사고방식이 곧 법원리에 근거한 사고를 의미하지는 않는다. 법규칙의 의미를 확정하기 위해서도 형량을 진행하는 경우가 존재하기 때문이다. 하지만 법규칙과 법원리를 대별할 때, 법원리를 활용한 논증에서 형량의 사고방식이 두드러지는 것을 관찰할 수 있다.

## 4. 드워킨과 알렉시의 차이

### 가. 드워킨의 법원리 이해

드워킨과 알렉시는 법원리가 단순히 추상적인 성격을 지닌다는 것을 넘어서서 보다 정교한 이론을 구축하였다. 알렉시와 드워킨은 법규칙과 구분되는 법원리의 고유한 특성에 집중함으로써, 법규칙과의 대조적 구별이라는 접근방식을 통해 법원리에 관한 정밀한 이해를 추구한다.

드워킨은 법규칙과 법원리를 논리적으로 구별 가능하다고 하면서, 양자는 법적 효과 및 타 규범과의 모순·충돌하는 경우의 모습이 다르다고 한다. 드워킨은 원리와 규칙을 대조적으로 구분하면서, 원리는 규칙이 지니지 않은 차원, 즉 비중(weight)이나 중요성(importance)의 차원을 지니고 있음을 강조한다<sup>137)</sup>. 법규칙이 all or nothing의 속성을 지니고 있음에 반하여, 법원리는 비중과 중요성에 의해서 조정될 수 있는 속성을 지닌다. 법규칙은 해당 요건이 확인이 되면 곧바로 법적 효과가 발생함에 반해서, 법원리는 그 요건을 충족하더라도 어떠한 방향을 제시할 뿐 특정한 법적 효과가 자동적으로 도출되지는 않는다.

또한, 법규칙과 법원리는 규범충돌 상황에서 두드러진 차이를 보인다. 법규칙이 다른 법규칙과 충돌하는 경우 양자택일적 방식(all-or-nothing fashion)의 법규칙은 어느 하나의 규범을 선택하면 다른 하나의 규범이 그 효력을 상실해야 한다. 그 중 하나는 반드시 무효가 되어야 하는데, 하지만 법원리가 다른 법원리와 충돌하는 경우 충돌하는 원리 간 상대적 비중(weight)의 차이는 있지만 양립 가능하므로 법원리 중 하나가 효력을 잃는 것은 아니다. 법원리는 형량조화적 사고를 통해서 전체적·종합

---

137) Ronald Dworkin, The Model of Rules I, in: Taking Rights Seriously(7 edit.), 1994 pp. 26-28

적 방식으로 판단에 반영될 수 있다.

드워킨은 하트(Hart)로 대표되는 법 실증주의자들이 법을 규칙의 집합으로만 설명하는 것은 잘못이며, 법실증주의는 법원리의 존재와 작동을 제대로 설명할 수 없다고 비판한다. 드워킨이 하트를 비판하는 중요한 논거로 삼았던 점이, 하트가 법원리와 법규칙을 구분하지 않는다는 것이다. 안준홍은 드워킨이 설명하는 법원리와 법규칙 구별을 다음과 같이 정리하였다.

[표 3-1 : 적용법의 표면적 구조에 따른 법규칙과 법원리 구별<sup>138)</sup>]

		법적 요건	법적 효과
법원리		추상적	불확정적
법규칙	일반조항적 규칙	추상적	확정적
	통상의 규칙	추상적	확정적

#### 나. 알렉시의 법원리 이해

알렉시(Alexy) 역시 법규칙과 법원리를 구분하면서, 보다 정밀한 방식으로 양자의 차이를 설명한다. 알렉시 역시 법원리와 법규칙을 대조적 이원론의 관점에서 이해하나 양자 구분의 기준에 있어서 드워킨과 차이가 있다. 알렉시는 드워킨이 말하는 법규칙의 ‘all or nothing’ 속성이라든가 법원리의 비중(weight) 개념을 수용하되 그것만으로는 설명력이 충분하지는 않은 개념으로 판단하고 법원리와 법규칙의 구분을 위한 기준을 재정비하였다.

알렉시에 의하면, 법규칙과 법원리는 지향하는 바가 다르다. 법원리는 최대한의 가능성을 실현하라는 최적화명령(Optimierungs-gebote)으로서의 성격을 지니는 반면, 그에 대비되어 법규칙은 확정적 명령(definitive Gebote)으로서의 성격을 지닌다. “원칙은 항상 잠정적 근거가 되고, 규칙

138) 안준홍(2008), “법원리를 법규칙과 구별할 가능성에 대한 비판적 고찰”, p.432 인용

은 예외가 규정되어 있지 않은 경우에 확정적 근거가 된다.<sup>139)</sup>” 법규칙은 확정적인 명령을 내리기 때문에 현실적 당위이고 그에 반하여 법원리는 최대한의 가능성을 실현하라는 것이기 때문에 이념적 당위라는 것이다. 따라서 법원리 간 규범충돌 상황은 원천적으로 발생하지 않는다<sup>140)</sup>.

원칙[원리]의 논거의 기초가 되는 것은 규칙과 원칙[원리]의 구분이다. 규칙이란 구성요건이 실현되면 확정적인 법적 효과를 발생시키는 규범이다. 즉 일정한 전제 조건이 실현되면 확정적으로 어떤 것을 명령, 금지, 허용하거나 확정적으로 무엇인가를 수권하는 규범이다. 따라서 규칙이란 간단히 말해서 “확정적 명령”이라고 부를 수 있다. 규칙의 특징적인 적용방식은 포섭이다.

그에 반해서 원칙[원리]은 최적화 명령(Optimierungsgebote)이다. 그 자체로서 원칙[원리]은 어떤 것을 사실적 가능성과 법적 가능성에 따라 상대적으로 가능한 한 최대로 실현시키라고 명령하는 규범이다. 이것은 원칙[원리]이 상이한 정도로 실현될 수 있다는 것과 원칙[원리] 실현의 명령 정도는 사실상의 가능성과 함께 법적 가능성에 의존한다는 것을 의미한다. 원칙[원리] 실현의 법적 가능성이란 규칙에 의해서뿐만 아니라 본질적으로 충돌하는 원칙[원리]에 의해 결정된다. 이것은 원칙[원리]이 형량(Abwägung)할 수 있는 규범이며 형량이 필요한 규범이라는 것을 함축한다. 형량이란 원칙[원리]의 특징적인 적용방식인 것이다<sup>141)</sup>.

알렉시에 의하면, “원칙은 항상 잠정적 근거가 되고, 규칙은 예외가 규정되어 있지 않은 경우에 확정적 근거가 된다”<sup>142)</sup>. 이러한 알렉시의 분석은 법원리의 추상성을 다른 측면에서 바라본 것이다. 법규칙이 확정적이고 현실적인 지시 사항이 명확하다는 것은 법규칙의 구체성과 (그로 인한) 명확성에 기인한 것이고, 법원리가 어떠한 방향을 제시하면서 그를 법적으로 가능한 한 실현하라는 것은 법원리의 내용이 추상적이기 때

139) Alexy 著 이준일 譯, 기본권이론, 한길사, p.135, 2007

140) 박정훈, 환경법상 기본원칙들의 법이론적 분석, p. 5

141) 로버트 알렉시 著, 이준일 譯, 법의 개념과 효력, 2007, pp.106-107

142) 로버트 알렉시 著, 이준일 譯, 기본권이론, 2007, p.135

문에 그 현실적 실행을 결정하는 법원이 어떠한가에 따라서 달라지기 때문이다.

“지금까지 설명한 것들에서 나오는 첫 번째 중요한 속성은 규칙과 원칙이 갖는 잠정적 성격(*prime facie-Charakter*)의 차이이다. 원칙은 어떤 것을 법적 가능성과 사실적 가능성에 따라 상대적으로 가능한 한 높은 정도로 실현된 것을 명령한다. 이로써 원칙은 ‘확정적’ 명령이 아니라 ‘잠정적’ 명령이다. 어떤 원칙이 어떤 사안에서 문제가 된다고 해서 그 원칙이 이 사안에서 요구하는 것이 결과적으로도 효력을 갖는 것은 아니다. 원칙은 서로 충돌하는 다른 근거에 의해서 배제될 수 있는 근거다. 근거와 반대근거 사이의 관계가 어떻게 확정되어야 하는지를 그 원칙이 결정하지 않는다. 따라서 원칙에는 서로 충돌하는 다른 원칙과 사실적 가능성에 비추어 확정되어야 하는 내용이 포함되어 있지 않다.

규칙에서는 사정이 완전히 다르다. 규칙은 다름 아닌 그것이 명령하는 바를 요구함으로써 법적 가능성과 사실적 가능성 안에서 확정적인 것을 포함한다. 이러한 확정적인 것은 법적 가능성과 사실적 가능성에 따라 실행되지 않을 수 있는데 이렇게 되면 그 규칙은 무효가 되는 것이다. 그러나 그와 같이 실행에 실패하지 않는다면 그 규칙이 말하는 것은 확정적으로 유효하게 된다.

따라서 원칙은 모두 동일한 잠정적 성격을 갖고, 규칙은 모두 다 동일한 확정적 성격을 갖는다. 드워킨이 이와 같은 모델을 생각하고 있는데 그에 따르면 규칙은 효력을 갖는 경우에 전부 아니면 전무의 방식으로 적용되고, 그 반면에 원칙은 하나의 방향을 지시하는 근거만을 가질 뿐이지 필연적으로 일정한 결과에 이르게 하지는 않는다고 한다.<sup>143)</sup>”

알렉시는 법규칙을 ‘현실적 당위(*reales Sollen*)’, 법원리는 ‘이상적 당위(*ideales Sollen*)’로 정리하면서, 법규칙의 적용은 포섭의 방식을 따르고 법원리는 법원리가 대변하는 이익이나 가치를 조율하는 형량의 방식을 따른다고 한다.

---

143) Alexy, 이준일 번역, 기본권이론, pp.131-132, (2007)

## 5. 법원리와 사법재량

이러한 법원리는 법명제의 요건과 효력이 정확한 법규칙과 비교할 때, 그 지시 내용이 불확정적이므로 사법재량의 여지가 커진다. 즉, 법원이 문제사안을 해결하기 위하여 법규칙을 적용하는 경우 사법재량이 작용될 여지가 극도로 낮은 반면, 법원리를 적용하는 경우에는 사법재량이 증대된다. 추상적 법원리의 내용은 불확정적 지시이므로, 그러한 법원리의 지시를 문제사안 해결에 가장 적합한 확정적 ‘지시’로 변환하는 과정에서 법원은 재량을 발휘하게 된다.

“법관이 원칙[원리]에 근거하는지 여부에 대하여 확인할 수 있는 기준은 그가 형량을 행하는지 여부다. 다음과 같은 명제가 타당하다. 즉 누군가 형량을 행한다면 그는 필연적으로 원칙[원리]에 근거한다. 왜냐하면 형량이란 근거들이 서로 대립하는 바로 그 경우에 반드시 행해지며, 대립하는 근거들이란 각각 그 자체로만 보면 판결에 대한 좋은 근거가 되기는 하지만 다른 판결을 요구하는 다른 근거가 없다고 해서 곧바로 확정적인 판결에 이르지 못하는 그런 근거들을 말하기 때문이다.<sup>144)</sup>”

이처럼 법원이 어떠한 논증 방식을 택하고 있는지를 관찰함으로써, 법원의 판단 논거가 무엇인지 - 그것이 법원리인지 혹은 법규칙인지를- 알 수 있다. 법원이 선택하는 논거의 종류와 논증의 방식은 밀접하게 결합되어 있다. 법원이 추상적 법원리를 논거로 활용하며 결정을 내릴 때에는 앞서 말하였듯이 ‘조율’과 ‘선택’이 가능하다. “확정적 법규는 구성요건이 충족되면 자신이 요구하는 내용이 100% 실현될 것을 요청하는 규범의 종류라면, 법원리는 그 내용이 가능한 한 최적으로 실현될 것 (optimization)을 요청하는 성격을 갖는 법규범”이다.<sup>145)</sup> 그러한 선택의

144) 로버트 알렉시 著, 이준일 譯, 법의 개념과 효력, 2007, pp.107-108

145) 김도균, 법적 이익형량의 구조와 정당화문제, p.36



영역 안에서 최적화된 결정을 내리기 때문이다.

이 연구에서 법원리에 관심을 가지는 부분은 법원리의 ‘기능’적인 측면, 그리고 법원리가 활용된 판결이 법체계에 미치는 결과적 영향력이다. 법원리에 입각한 사고의 본질이 과연 무엇인지에 관하여 검토할 필요성이 있다. 법원이 법규칙에 입각하여 판결을 내리는 경우와 법원리에 입각하여 판결을 내리는 경우 그 관찰되는 양상에 있어서 많은 차이가 보인다. 법원리는 논증의 자원을 제공할 뿐만이 아니라, 논증의 구조 설계에서 중요한 역할을 한다. 범명제의 ‘요건’을 따져서 그에 따른 ‘효력’을 연역적으로 인정하는 방식이 아니라, 여러 가지 제반 사정을 고려하는 (all things considered) 종합적 사고방식이 동원되는 판결에 법원리가 등장하기 때문이다.

“법이 오직 실정적인 사회 연원에 따라 확인된 규칙들로만 구성되어 있다면, 규칙의 모호성 때문에 법관이 법적 결정 또는 법효과를 확정할 수 없는 사안들이 존재하는 경우에는, 법규칙들로만 구성된 법은 법관에게 결정을 위한 어떠한 기준도 제시하지 못하며, 이로써 법질서에 속하지 않는 법외적 기준에 따라 판단할 수밖에 없다는 것이다. 그렇다면 이 경우 법관은 결정에 있어 법질서에 구속되지 않게 된다. 그런데 실증주의 사고에 의하면 이러한 사법재량은 불가피하다.<sup>146)</sup>”

법원리에 입각한 사고는 법해석의 추론이 아니라, 사법재량이 발휘된 경우라고 봄이 적합하다. 샤우어(Schauer)에 의하면 보다 명확한 법규칙이 선호되는 이유는, 행위 결과에 대한 예측가능성(predictability)과 규범 집행의 효율성(efficiency) 때문이다<sup>147)</sup>. 즉, 판단 규범의 추상성이 높을수록, 다시 말해서 원칙 내지 원리에 가까워질수록 해당 규범을 적용하기 위해서 사리판단과 의사결정에 투입되어야 하는 지적 자원은 커진다. 법규칙을 적용하는 사안은 어느 정도 정형화된 판단 절차를 따라갈 수 있

---

146) 변종필(2011). 법규칙과 법원리 구별의 유용성과 한계, p. 297

147) Schauer, Thinking like a lawyer, p.193

는 수월성이 있는 반면, 법원리를 활용하는 사안은 판단 주체의 특별한 경험과 재능이 크게 요청된다. 이러한 노역(勞役)의 요청은 규범의 추상성이 높아질수록 그에 비례하여 사법재량의 크기 역시 증대함을 의미한다. 사법재량의 공간이 확장되는 것은 법원리로서는 결정의 부담이 커지는 것을 의미한다. 이러한 특성으로 인해서 “확실성과 신뢰도(certainty and reliability) 측면에서 법규칙이 법원리보다 선호”된다는 분석이 가능하다<sup>148)</sup>. 또한 법규칙은 단순히 법관의 자의적 판단에 대한 두려움 때문에 의해서만 선호되는 것이 아니라, 사회 공동체의 관점에서 우수한 장점이 존재한다.

## 제2항 법원리의 자리매김

### 1. 법원리는 법체계 구성요소인가?

법원리가 논증에서 활용되는 의의를 살피기 위해서는, 법원리가 법체계 구성요소인지에 관한 내용을 먼저 검토해야 한다<sup>149)</sup>. 다음의 견해처럼 법원리는 법체계 안에 당연히 포함되어 있다는 논리도 있으나, 법원리의 위치는 좀 더 정확하게 짚어볼 필요가 있다.

“적어도 어느 정도 발전된 법체계인 경우 그 법체계 안에는 반드시 법원리가 포함되어 있다. 법체계 안에 필연적으로 원리가 포함된다는 사실은 법과 도덕 사이에 최소한의 연관관계가 있다는 것을 뜻한다. 법체계를 올바르게 파악하기 위해서는 어느 정도 가치이론적 성향의 모색을 피할 수 없다. 그렇지 않으면 법체계 안에 엄연히 포함된 원리의 성격을 제대로 고찰할 수 없

148) Raz(1972), Legal Principles and the Limits of Law, p.841

149) 형식적 법체계론은, 법원리와 법규칙의 질적 구분에 관하여 실질적 법체계론과 비교할 때, 큰 의의를 강조하지 않고 있으나, 법원리가 법규칙과 상이한 것임은 법실증주의와 비실증주의, 형식적 법체계론과 실질적 법체계론을 떠나 법원리의 내용과 속성 등에 비추어 쉽게 판별 가능하다.

게 된다.<sup>150)</sup>”

드워킨은 법적 문제에 대한 정답을 찾기 위하여 법관이 법의 일반원리(principle)을 풀이하여 결정을 내리며, 법원리는 법체계 내부에 있다고 설명한다. 논증의 힘을 강조한 드워킨(Dworkin)의 ‘논증<sup>151)</sup>’은 정확하게 어떠한 개념 범주의 논증인지 확인할 필요가 있다. 드워킨은 어떠한 명제가 참(眞)이 되는 것은 논변에 의해서 가능하다고 주장하면서 법의 ‘논증적 특성’을 강조한다. 드워킨이 논증의 중요성을 강조한 이유 중 하나는, 치밀한 논증을 통해서 최선의 정답을 찾을 수 있다고 생각하였기 때문이다. 드워킨은 법적 문제에 대하여 정답(the right answer)을 찾을 수 있다고 보면서, 그를 위해서 총체적인 정합성을 법적 판단의 기준으로 삼아야 한다고 말한다. 구성적 해석(constructive interpretation)을 강조하는 드워킨은 법의 목적을 고려한 최선의 의무도출을 설파하고 통합성(integrity)로서의 법을 설명하였다. 드워킨은 법관이 법해석을 할 때에는, 현행 법체계 내에서 여러 유효한 기준(standard)들을 가장 정합적으로 잘 설명해냄으로써, 그 기준들이 도덕적으로 올바른 것으로 정당화시킬 수 있도록 해석해내어야 한다는 입장이다<sup>152)</sup>.

‘법원리는 실정법인가’ 하는 질문은, 법은 무엇인가라는 법 개념의 근본적인 질문과 맞닿으면서, 법실증주의와 비실증주의에 따라 서로 다른 답을 내놓게 한다. 알렉시와 드워킨 등 법원리 이론을 정교하게 발전시킨 비실증주의 입장에서는 ‘법원리’가 법체계 내에 존재한다고 본다. 이

---

150) 박은정, 자연법의 문제들, 세창출판사, 2007, p.63

151) Ronald Dworkin(장영민 옮김), 『법의 제국』, 아카넷, 2004, p.33

우리는 법에 관한 사회이론이 필요하지만, 바로 이 때문에 그것은 법철학적이어야 한다. 따라서 역사와 사회라는 자칭 더 큰 문제를 다룬다는 구실로 법적 논증의 구조를 무시하는 이론들은 잘못된 것이다. 그 이론들은 법적 논증의 내적 성격에 관한 문제들을 도외시하기 때문에, 그 설명은 빈약하고 결함이 있는 것이다.”

152) 즉, 드워킨의 ‘법해석’에는 법실증주의자들이 법체계 내부자원으로 여기지 않는 자연법적 요소, 즉 도덕적 논증이 포함되어 있다. 드워킨이 말하는 “도덕적 논증”을 형식적 법체계의 관점에서 바라볼 때, 이는 법체계 내부의 자원이 아닌 외부의 자원에 의존하여 논증을 진행한 것이다.

는 비실증주의 논변에서, “법에 있어서 실정법을 넘어서는 무엇(ein Mehr an Recht)” 내지는 ‘실천이성의 최고 원칙인 보편화 가능성’을 언급할 때 두드러지게 확인된다.

알렉시는 법과 도덕의 필수적 연관성을 주장하기 위한 이유로서, 체화명제, 도덕명제, 정당성명제를 세 가지 근거로 내세웠다<sup>153)</sup>. 체화명제는, 모든 발전된 법체계는 반드시 법원리를 포함하고 있다는 것이며, 이는 법과 도덕은 필수적 연관성을 가진다는 도덕명제, 실질법과 도덕적 논거의 연관을 말하는 정당성 명제와 이어진다. 알렉시의 논리에 따르면, 법원리는 반드시 법체계 내부에 있다. 따라서 법관이 특정한 가치 등을 반영한 법원리에 의거하여 판단을 내리는 경우 법관은 법체계의 어떠한 내부 구성요소에 의거한 결정을 내리는 것이다. 그러므로 어떠한 사안에서 법관이 도덕적 근거에 따른 판단을 내렸다고 하더라도 결정의 근거가 되는 도덕은 법원리와 필연적으로 연계되고, 법원리는 법체계 내에 ‘반드시’ 속하는 것이기 때문에 결론적으로 법관의 도덕적 판단은 법적 판단이라는 공식을 내보인다<sup>154)</sup>.

하지만 실정법주의 관점에서 이를 검토하면 법과 도덕 사이의 필연적 연관이 보증될 수 없기 때문에 법원리가 반드시 법체계 내부에 속한다고 보기는 어렵다. 알렉시에 따르면, 법원리는 추상성의 정도는 다양할 수 있으나 가장 본질적으로 중요한 점은 어떠한 도덕적 가치를 내포한다는 것이다. 하지만 알렉시 스스로 밝혔듯이 - 히틀러의 제3제국에서 표방한 인종 차별적 내용과 같이 - 그러한 도덕의 원칙이 항상 타당하다고 받아들여질 수 없는 경우도 있다.

알렉시의 주장은 추상성의 정도가 크든 작든 간에 법원리는 가치와 연계되어 있다는 점인데, 그러한 ‘가치’라는 것이 파악되기 힘든 것이라면 - 간명하게 파악되거나 아니면 세심한 논리적 사유에 의하여 파악되거나

153) 로버트 알렉시 著, 이준일 譯, 법의 개념과 효력, 2007, pp.106-121

154) 논리 전제에 수긍하기 어렵기 때문에, 도덕적 판단은 법적 판단이라는 결론에도 수긍하기 어렵다. 도덕적 판단과 법적 판단의 필연적 연계성이 보장되지 않기 때문이다.

나 그 사고 과정에서 투입되어야 하는 정신적 에너지를 떠나서 논자마다 서로 다른 가치를 부여하게 되어 해당 법원리가 지향하는 내용이 과연 무엇인지에 관하여 사람들끼리 서로 비슷한 결론을 내릴 수 없는 경우 - 법원리가 가치와 필연적으로 연계된다는 주장은 비판받아야 한다.

법원리에 가치가 있다고는 하더라도 해당 가치가 실체적이지 않은 경우 사실상 그 법원리는 어떠한 의미와 가치를 부여하든 문제가 없다. 즉, 우리가 법원리를 거명하는 것은, 문제사안을 규율할 수 있는 구체적 내용을 식재(植栽)할 수 있는 공간, 상세한 논리를 접목 내지 착근시킬 지점을 찾는 것이다. 이러한 맥락에서 ‘법원리’가 논증에 등장하는 경우 이는 법체계 외부의 논거가 문제사안의 해결에 관여하는 경우로 정리 가능하다.

현실의 예를 검토할 때, 환경권 규정의 효력에 관한 다음의 대법원 판결은 법원리는 그 자체로는 법이 아니라고 말하고 있다. 법체계가 법으로 구성된 것이라는 개념정의에 충실하다면, 다음 판결의 관점에서는 법원리가 법체계 내부를 구성하는 요소라고 하기 어렵다.

헌법 제35조제1항의 환경권 규정만으로는 그 보호대상인 환경의 내용과 범위, 권리의 주체가 되는 권리자의 범위 등이 명확하지 못하여 이 규정이 개개의 국민에게 직접으로 구체적인 사법상의 권리를 부여한 것이라고 보기는 어렵다. (...) 사법상의 권리로서의 환경권이 인정되려면 그에 관한 명문의 법률규정이 있거나 관계 법령의 규정취지나 조리에 비추어 권리의 주체, 대상, 내용, 행사방법 등이 구체적으로 정립될 수 있어야 한다(대법원 1995. 5. 23, 94마2218).

사회적 사실로서의 법인 제정법, 판례, 관습법의 범주에 법원리가 포함되는지, 다시 말하여 형식적 법체계 내에 법원리가 존재하는지를 검토할 때, 법원리는 법체계 ‘내부’에 존재한다고 말하기 어렵다. 법원리를 그 자체로 ‘사회적 사실’로 바라보기 어렵다. 법원리가 형식적 법체계 내부에 존재하기 어려운 이유는, 알렉시가 말한 것처럼 원리는 불확정적 지기이

기 때문에 법원리 내용이 자명(自明)하거나 일의(一意)적이지 않기 때문이다.

라즈(Raz)의 설명에 따르면, 현대와 같은 가치 다원주의 사회는 통약불가능(incommensurable)한 여러 가치들이 존재하고 그러한 다양한 가치들을 좇는 여러 대안들이 경쟁하고 있기 때문에, 이러한 가치와 대안의 각축장에서 각자가 달리 이해하고 저마다 상이하게 풀이하는 법원리로부터 정답을 도출하는 것은 불가능하다. ‘가치의 통약불가능성’에 관한 선스타인(Sunstein)과 라즈의 연구는 법원리가 실정법체계 내부의 요소로서 존재하기 어려운 이유를 설명한다. 법원리로부터 객관적이고 보편적인 결정을 끌어낼 수 없다면, 법적 결정을 위해서는 통약불가능한 가치들이 저마다 다른 해석을 주장하는 추상적인 법원리의 의미를 권위 있는 기관이 선택한다고 할 것이다.

## 2. 법원리의 자리매김

법원리의 위상과 기능은 면밀한 논리적 검토가 필요하다. 법원리가 실질적 법체계론에서 말하는 바와 같이 법체계 ‘내부’에서 작동한다고 할 수 있는지에 관해서는 보다 면밀하게 검토할 필요성이 있다. 법원리가 법체계 내부의 규범자원으로 존재하는 것인지 체계 외적인 것인지에 따라서 법원의 법형성 판결을 바라보는 관점이 달라질 수 있다. 만약 법원리가 법체계 내부에 존재하고 그에 따라서 일정한 결정이 내려지는 것이라면 법원의 판단은 법의 구성적 해석을 통해서 법의 통합성을 지키는 것이다. 그러나 법원리가 법체계 외부의 자원을 동원하기 위하여 활용되는 형식적 매개체라면, 법원의 법형성 결정은 도덕적 논거 혹은 사회정책적 논거를 활용한 판단이 된다.

법원리 논증을 현존 법체계 외부의 자원 - 사회정책적인 논거 - 을 활용하는 논증으로 이해되는 이유는, 법의 지도이념인, “정의와 형평의 관념”이 무엇인가에 관한 이해가 법체계 내부에서 완벽하게 얻어지기 어

려운 경우가 존재할 수 있기 때문이다<sup>155)</sup>. 우리 법원 내에서도 다양하게 나누어졌듯이, 초법률적 법형성과 법률에 반하는 법형성을 이론의 층위가 아니라 실제 사안에서 이견 없이 결론 내리기는 어렵다.

현행 실정법만을 사안에 적용할 때 현안에 적합한 답이 구해지기 어렵다고 생각하면, 법원은 법체계 외부의 자원들을 적극적으로 활용한다. 이때 법원은 논증 과정에서 법원리를 거명하여 정책적 판단을 뒷받침한다. 법원이 사회·정책적 이유를 고려하여 결론을 도출하고 이를 법원리를 통해서 논리 구성을 한다는 점에서, 법원리를 활용한 판결은 법체계 외부의 예비규범 자원을 활용한 결정이다.

법원리가 과연 법체계 내부에 진정으로 존재한다고 하면, 법체계의 정합성과 통일성 측면에서 비판을 가할 수 있다. 법원이 법원리를 근거로 특정 법규칙이 명문으로 지시하는 바와는 다른 결정을 내리는 것은 체계적 정합성을 고려할 때 쉽게 설명되지 않는 부분이 있다. 법원리가 법체계 ‘내부에 존재’한다면 그러한 법체계를 구성하는 부분적 요소인 특정 법규칙의 효력을 제한하거나 경우에 따라서는 무력화하는 것을 설명하기 어렵다. 법원리가 실질적 내용을 가지고 있으며 법규칙들의 총화는 법원리가 추구하는 목표를 함께 지향하고 있다고 한다면, 법원이 법규칙이 지시하는 내용과 다른 내용 - 이질적인 내용 혹은 상반된 내용 - 을 끌어내는 것이 모순이기 때문이다. 법원리가 법체계 전반을 아우르는 법질서의 형성에 기여함에 있어서 ‘실질적 내용’을 통해서 기여한다면, 법원리를 활용하는 법원이 현행 법규범을 변경하거나 새로운 법리를 창출하는 현상이 논리적으로 앞뒤가 잘 맞지 않는다.

물론 법현실에서 법원리는 분명 존재하며 우리의 법적 판단에 영향을 발휘하고 있다. 하지만 형식적 법체계, 즉 실정법체계 내부에 존재하는 것이 아니라, 법규범의 계도 이념으로서 존재한다. 이처럼 법원리가 법체계 내부가 아닌 ‘외부’ - 혹은 외부와의 경계선 - 에 존재한다고 본다면,

---

155) Larenz·Canaris가 탁월한 역량을 발휘하여 정교하게 조탁한 법형성의 유형 구분은, 법의 지도적 원리를 객관적으로 파악하기 어렵다.

법을 유지하는 법체계 내부의 규범자원을 활용한 법해석 논증에 따를 때에는 법원리가 문제사안의 판단을 위하여 개입할 수 없다. 법원리가 법적 논증에 활용되어 판단의 논거로 작용하기 위해서는 법체계 외부에서 예비규범 자원을 끌어오는 경우가 관찰된다.

즉, 법원리가 가장 적극적인 방식으로 활용되는 경우는, 법원이 현행 실정법체계 내부의 규범 자원을 포섭(subsumption)의 방식으로 적용하는 방식으로는 사안에 적합한 문제해결이 어렵다고 판단하고 사안에 보다 적합한 결정을 내리기 위하여 정책적 사고방식을 동원하는 때이다. 이는 법원리는 법체계 내부가 아니라 외부에 있다는 것, 보다 엄밀하게 말하자면 법체계 외부의 자원을 내부로 유입하는 매개통로의 역할을 한다는 것을 의미한다. 법원리는 그 자체로는 실체적 내용이 없기 때문에 법적 논증 과정에서 법원리가 담당하는 기능은 법체계 내부에 존재하는 법적 논거의 효력을 마비시키고, 실체적 내용을 지닌 외부의 사회·정책적 논거를 실어 나르기 위해서이다.

판례를 검토할 때, 법원은 법원리가 ‘규칙의 저편’에 존재한다고 표현하거나, 법원리는 ‘보편적 예외’로서 자리매김하고 있다고 말한다.

신의성실의 원칙이 (...) 법규칙을 원래의 모습대로 적용하는 것을 제한 또는 배제하게 하는 하나의 법적 장치로서 기능하는 것이다. (...) 여기서 문제되는 바의, 개별 법규칙의 저편에 있는 일반적 법원칙으로서의 신의칙과는 그 논의의 차원을 달리한다.

법규칙을 개별 사안에 적용하는 국면에서 신의칙을 통하여 ‘당사자 사이의 제반 사정을 종합적으로’ 고려할 것을 주장하는 것은 위와 같은 법규칙의 체계를 기본적인 구성원리로 하는 우리 법에서는 예외로서의 자리를 차지할 수밖에 없다. 신의성실의 원칙을 실정적으로 규정하는 민법 제2조, 민사소송법 제1조 등이 개별적인 법제도와 무관하게 위 각 법률 맨 앞의 ‘통칙’으로 위치하고 있는 것은 그 법원칙의 ‘기본원리성’을 말하여 준다고도 할 수 있겠으나 그보다는 오히려 이러한 예외, 그러나 역시 개별 법제도 일반에서 두루 문제될 수 있다는 의미에서 ‘보편적 예외’로서의 성격을 말하여



준다고 함이 적절할 수 있다.<sup>156)</sup>

2009다44327 판결에서 주목해야 할 대목은, 법원리의 법체계적 의미를 드러내는 부분이다. 법원은 이 판결에서 법원리의 ‘위치’가 형식적 법체계 외부에 있음을 “개별 법규칙의 저편에 있는 일반적 법원칙<sup>157)</sup>”이라는 대목에서 명확하게 밝힌다. 이는 우리 법원이 이해하는 법원리가 실정법체계 내부에 존재하는 것이 아님을 전달한다. 비슷한 이해를 라즈(Raz)의 연구에서 발견할 수 있는데, 라즈는 법원이 사법재량을 행사하는 경우 실정법이 아닌 잣대를 따르는 것(they act on standards which are not part of the law)이라고 설명한다<sup>158)</sup>. 이는 법체계 외부의 자원을 논거로서 활용하는 것이라고 이해할 수 있다.

법원은 2009다44327 판결에서 보다 상세한 설명을 덧붙이며, 신의칙이 타 조문과 독립하여 각 법률의 제일 앞장에 자리하고 있지만 이는 법원리의 ‘기본원리성’을 드러내는 것보다는 ‘예외성’을 드러내는 것이라고 말한다. 법원의 언표처럼 신의칙이 ‘보편적 예외’로 존재하고 기능한다는 것은 사안의 구체적 타당성을 달성하기 위하여 법체계가 내부적 질서의 적용을 멈추고 법체계 외부의 정책적 논거에 의거하여 판단을 하는 개방적 성격을 지니고 있음을 방증한다.

법원리를 활용한 논증은 법체계 외부의 예비규범 자원을 활용한 논증, 즉 정책적 결정에서 두드러지게 관찰된다. 예컨대 대법원 2005두12572 판결의 반대의견은 ‘법해석의 통일적 해석 및 적용의 견지’라는 표현을 사용하며 법원리를 논거로 사용한다. 이에 관하여 법의 통합성이라는 관점에서 원리 정합성 및 체계 정합성을 높이는 해석이라고 정리할 수도 있으나<sup>159)</sup>, 해당 반대의견이 말하는 ‘통일적 해석’을 위한 법원리가 현

---

156) 대법원 2010.5.27. 선고, 2009다44327 판결

157) ‘개별 법규칙의 저편’이 ‘법체계의 저편(혹은 외부)’을 의미하는 것인지에 관해서는 이견이 있을 수 있다. 그러나 해당 판결 전반을 검토할 때, ‘보편적 예외’라는 표현과 더불어 해당 문구는 실정법체계의 내부를 구성하는 규범 자료 이외의 것을 의미하는 것으로, 다시 말해서 실정법이 아닌 예비규범자원으로 바라봄이 적합하다.

158) Raz, Legal Principles and the Limits of Law, p.844

행 법질서에 특정한 내용을 담고서 이미 존재하고 있는 것인지에 관하여 먼저 돌아볼 필요가 있다. 반대의견이 말하는 '법 원리'는 현행 법체계의 내부에 존재하는 내용이 아니라 문제사안의 판단 과정에서 법체계 내지 법질서 내부로의 포섭 필요성이 인지된 내용이라고 보는 것이 보다 정확하다.

법원리는 구체적 법규칙의 적용과 효력, 해석을 총괄하는 이념적 지표로서 기능하지만, 법체계 내부에 위치하는 것은 아니다. 법원리는 실정법체계의 외부에 존재하면서, 법체계 내부 논리에 따른 연역적 결정이 부적합하다고 판단될 때 예외적으로 개입한다. 따라서 법원리는 법외(法外)적 성격이 강하며, 법원리가 실제로 수행하는 기능은 법원의 논증에서 현행 실정법의 초월과 '변화'를 가능하게 하는 변화의 기제를 제공하는 것이다.

---

159) 김도균, 우리 대법원 법해석론의 전환, 2010

"특히 반대의견에서 필자가 주목하는 것은 '법해석의 통일적 해석 및 적용의 견지'라는 표현이다. 단지 과거 결정과의 일관성이 아니라 우리 법질서를 구성하고 있는 (타당한) 최고 법원리들에 부합하고 정합적인 체계를 이루고 있는 원리들에 비추어 정당화될 수 있는지 여부를 반대의견은 문제 삼았다고 본다."

## 제 3 장 법적 논증과 사법재량

### 제 1 절 법 획득을 위한 논증작업

#### 제1항 법원의 결정과 논증의 의의

##### 1. 법원의 논증이 법체계에 미치는 영향

법원은 제기된 법적 문제에 대한 결정을 내려야 하므로, 법원은 문제 사안에 적용할 법이 불완전하다는 이유로 재판을 거부할 수는 없다. 법원의 문 앞에 당도한 사안에 대한 판단을 거절할 뚜렷한 이유가 없는 경우에는 판단 절차를 진행하여 일정한 결정을 내리게 된다.

원래 법규의 의미·내용과 적용 범위가 어떠한 것인지를 정하여 선언하는 권한 즉 법률의 해석·적용의 권한은 법원에 있으며, 법원은 법규의 흠결을 이유로 재판을 거부할 수 없으므로 재판할 사항에 대하여 적용할 법규가 없을 경우에는 법률이념에 맞도록 다른 법규를 유추적용하고, 법규가 있다고 하더라도 그 의미 내용이 애매모호할 경우에는 그 입법취지에 따라 적절한 해석을 함으로써 그 법규의 의미 내용을 확정하는 권한을 가지고 있다고 할 것이다.<sup>160)</sup>

법원은 일련의 논리적 사고 과정을 거쳐서 분쟁 사안에 가장 적합한 판단을 내리게 된다. 법원이 개별·구체적 사안에 적용될 결정을 내릴 수 있도록 법규범은 일정 수준 이상의 추상성을 지닌 일반적 명제로 구성되어 있다. 성문법이 발달하여 흡사 자기완결적인 법체계를 가졌다고 평가

---

160) 대법원 95다36466 전원합의체 판결 中 대법원장 윤관, 대법관 최종영, 대법관 천경송, 대법관 정귀호, 대법관 김형선, 대법관 이임수의 반대의견 일부

되는 경우에도 판결의 근거를 제시하기 위한 논증이 필요하며, 성문법의 보완 필요성이 큰 경우에도 결정의 이유를 부여하는 논증이 더욱 크게 요청된다.<sup>161)</sup>

다음의 글에서 지적하듯이 법률의 존재는 법획득의 관점에서 ‘예비결정’에 지나지 않으며, 실제의 특정한 결정이 산출되기 위해서는 법원의 논증 작업이 진행되어야 한다.

“입법절차를 거쳐 만들어진 법률도 모든 문제를 해결해 주는 것은 아니다. (...) 실제에 있어서 법률이 법획득을 결코 완전히 결정하고 있지 못함은 자명해진 사실이다. 이는 특히 첫째 법률의 언어가 애매하거나, 둘째 법적 규제를 필요로 하나 타당한 규범이 없는 경우, 법률의 문언에 반해서 결정해야 할 아주 특수한 경우가 있거나 할 때이다. 이렇게 볼 때 법률이란 법획득에 있어서는 불가결하게 중요하나 구체적인 법획득의 관점에서 본다면 역시 ‘예비결정’ 내지 ‘프로그램’이라고 하겠다. 오늘날 어느 입법자가 주석을 금하거나 해석서를 가슴 아파 한다면 이는 정말 정당화될 수 없다.<sup>162)</sup>”

법이 아무리 논리정연하고 촘촘한 규범 체계를 축조하였다고 하더라도, 일반·추상적인 규범을 개별·구체적인 사안에 적용하기 위해서는 일정한 작업이 수행되어야 한다. ‘예비규범’로서 추상명제인 법의 존재는 구체적 사안에서 법원의 논증 작업을 통해서 현실적으로 확인 가능하

161) 양천수, 법률에 반하는 법형성의 정당화 가능성, (p.110)

“법해석과 법형성을 개념적으로 명확하게 구별하는 것은 주로 대륙법학, 그 중에서도 독일 법학의 법학방법론에 기반을 둔 것이다. 19세기에 융성했던 판례법 법학의 영향으로 개념적이고 자기완결적인 실정법 체계를 갖춘 대륙법 전통에서는 법치주의에 따라 법률에 대한 법관의 구속이념을 강도 높게 요청하였고, 이로 인해 법관이 법규범을 형성할 수 있는 권한은 처음부터 엄격하게 통제되었다. 이러한 맥락에서 법해석과 법형성을 명확하게 구분하고자 하는 전통이 법학방법론 전반을 지배한 것이다. 이와 달리 판례법 전통에 바탕을 둔 영미 법학에서는 대륙법의 민법이나 형법처럼 개념적이고 자기완결적인 실정법체계를 갖추지 않았고, 그 대신 법관에 의해 만들어지는 판례법을 법으로 인정해 왔기에 대륙법학보다 법관의 법형성에 관대하였다. 이 때문에 법해석과 법형성을 개념적으로 명확하게 구획하지 않았고, 법형성 역시 법해석의 범주에서 파악한다.”

162) 심헌섭, “법획득방법의 기본구조에서 본 법학과 법실무” p.39

다<sup>163)</sup>. 이처럼 구체적 사안을 규율할 법획득을 위한 법원의 사유 과정은 ‘법적 논증(legal reasoning)<sup>164)</sup>’으로 정리된다. 법원은 사회가 법적 해결을 요청하는 사안에 관한 결정을 내림에 있어서 합당한 근거를 제시하는 것, 법적 논증(legal reasoning)을 충실히 진행한다. 법적 논증은 판결의 근거를 설명하며 특정 법규범을 제시함으로써, 구체적 사실과 그에 대한 법적 평가 결과를 논리적으로 이어준다. 즉, 논증은 법원이 수행하는 핵심적 기능이다.<sup>165)</sup>

법원의 결정(legal decision-making)이 가지는 가장 중요하고 본질적인 특징은 일정한 결정을 산출하기 위하여 법적 논증(legal reasoning) 과정을 거친다는 것이다. 주어진 문제에 대하여 일정한 답을 제공해야 하는 법원이 수행하는 법적 논증(reasoning)은 합당한(reasonable) 답을 모색하는 과정이다. 논증은 판결의 이유(reason)를 설명하며 근거를 제시하고 결정이 합당함을 의미하는 작업이다. 법적 논증은 법적 사고를 구성하는 본질적 요소이나, 그 개념을 정의하는 것은 쉽지 않다.<sup>166)</sup> 논증의 개념이

163) 법은 법원의 해석행위가 요청된다는 점에서 일종의 ‘예비규범’이다. 우리가 사회에서 특정한 관습법이 존재한다는 것을 인지하는 것 역시도 해당 관습법에 대한 승인이라는 법원의 제도적 결정이 있기 때문이다. 사회적으로 수용되고 인정되는 행위 방식의 반복 자체만으로는 관습법이 될 수 없다. 비록 반복적 시행을 통해서 자연스럽게 사회 규범으로 형성되었다고 하더라도, 그러한 관습과 관련하여 사회적 합의가 존재함을 추정하고 신뢰를 부여할 것인지는 법원이 판단하고 결정하여야 하기 때문이다.

164) ‘Reasoning’을 연구자에 따라서 ‘논증’ 외에도 ‘추론’으로 표현하는 경우가 상당수 있으나, 본고에서는 사법부의 판단 과정이 주어진 정태적(static)하지 않다는 점을 고려하여 정태적 뉘앙스가 다소 전달되는 ‘추론’이라는 표현보다는 ‘논증’이라는 표현을 사용한다.

165) 김혁기, 법적 추론의 기능에 대한 고찰, p.9

추론(reasoning)은 이미 받아들여진 사실이나 증거를 전제로 해서 새로운 결론을 이끌어내는 사고 과정을 말한다. 즉, 모든 추론은 일반적으로 어떤 생각을 근거로 다른 생각을 이끌어내는 것을 기본적 속성으로 한다. 그렇다고 해서 대상이 법이라는 점을 제외하면 법적 추론이 다른 영역의 추론과 동일한 것은 아니다. 법적 추론이 과학적 추론이나 도덕적 추론과 구별된다는 점은 법적 추론의 대표적 형식들을 살펴보면 분명하다.

166) 하재홍, “법적 논증의 기초 : 대법원 판결과 페렐만의 신수사학”, 2010

: “법적 논증은 법적 사고(legal mind)를 구성하는 본질적 요소이지만, 막상 그 개념을 명확히 드러내기는 쉽지 않다. 법적 논증은 법률적 주장을 조리 있게 펼치는 것뿐 아니라 재판과정에서 사실인정을 한다든지, 법령의 해석을 통해 사안에 합당한 법적

단면적이지 않음은 여러 연구자가 강조하고 있으며, 각각의 연구자가 설명하는 논증의 성격 역시 차이가 있다.

법적 논증은 법체계 내부의 실정법 자원을 활용하는 법해석 논증과 비단 그에 그치지 않고 외부의 예비규범 자원을 논증 과정에 함께 활용하는 법형성 논증으로 구분된다. ‘법체계-환경’에 대한 논의를 통해서 법해석 판결과 법형성 판결의 의의에 대한 접근이 수월해진다. 정책적 논거를 포함하는 법원의 법형성 판결이 법학적 관점에서 지니는 의의를 살펴보기 위해서, 법체계의 구성과 내용 변화에 관한 검토를 수반할 필요가 있다. 특히, 법원리가 사법입법(judicial law making)에 있어서 수행하는 ‘기능’의 의미를 충실히 서술하기 위하여 법체계에 관한 탐색이 필요하다.

70년대 이래의 법학방법론을 검토한 페테리스(Feteris)는 근래 법학연구에서 논의되는 법적 논증을 세 가지 - 논리적(logical) 접근방식, 수사학적(rhetorical) 접근방식, 대화론적(dialogical) 접근방식 - 접근방식으로 분류한다<sup>167)</sup>. 논리적 접근방식은 논증의 형식적 타당성(validity)을 강조하는 반면, 수사학적 접근방식은 논증을 듣는 사람들의 수용가능성 혹은 청자들에 대한 설득력을 강조한다. 따라서 수사학적 관점에서 논증을 풀이하는 경우 논증은 상황 맥락에 좌우되는(context-dependent)되는 측면이 부각된다. 대화론적 접근 방식은 논의 절차(discussion procedure)를 강조한다.<sup>168)</sup>

그러나 분명한 것은 법적 논증에 대한 간명한 이해가 쉽지는 않다는 것이다. 더욱이 논증을 협의의 개념으로 사용하는 경우와 보다 넓은 개념으로 사용하는 경우가 혼재되어 있어 논의가 더욱 복잡해지고 있다.

---

결론을 도출하는 것에 모두 관계된다.”

167) Feteris, “A Survey of 25 Years of Research on Legal Argumentation”, *Argumentation* 11, (1997)

168) 물론, 페테리스의 논증 구분이 법학 논증론의 모든 면을 완벽하게 반영하는 것은 아니며, 세 가지 구분 범주 중 어느 하나 이상의 성격을 복합적으로 가지는 논증이론이 다수 존재한다. 예컨대 알렉시의 논증이론을 두고 페테리스는 논리적 접근방법과 대화론적 접근방법을 모두 강조한다고 분석하였다.

## 2. 논증의 정당화 기능

이처럼 법적 논증에 관한 논의를 정리하는 것은 쉽지 않은 일이나, 논증의 ‘기능’에 중점을 두는 경우 보다 수월한 논의 전개가 가능하다. 법적 논증이 가지는 기능은 두 가지 측면에서 접근 가능하다. 우선 그 하나는 논증이 문제사안에 적용될 법을 해석하고 대상 사안을 규범적으로 평가하는 해석의 논리라는 것이며, 또 다른 하나는 그와 동시에 법원의 결정을 정당화하는 논리이기도 하다는 것이다.

“재량 판결에서의 추론은 비록 법관에 의해 이루어지는 것이기는 하지만 통상적인 의미의 법적 추론과는 구별된다. 왜냐하면 불확정적인 법으로부터의 추론은 법적으로 ‘유일하게 타당하다’거나 아니면 ‘적어도 가장 강력하다’고 평가될 만한 결론을 제공해 주지 않기 때문이다.”<sup>169)</sup>

이러한 법적 논증 과정에서는 논리적인 추론 외에도 다양한 사고를 동원하게 된다<sup>170)</sup>. 법원의 논증은, 왜 그러한 판단이 내려졌는지 그 근거를 소명함으로써 해당 결정을 정당화하는 기능을 한다. 논증이 결정의 근거에 관하여 충분한 논리적 ‘설명’을 제공하지 못하면 해당 결정의 ‘정당성’에는 의구심이 제기되기 마련이다.

논증은 다음과 같이 “법관의 책임 의식과 전문성을 강화하는 역할”을 한다. 법원은 단순히 ‘법은 법원이 안다(Iura novit curia)’와 같은 태도로 판결을 정당성을 주장할 수는 없다. 법원이 도출한 일정한 해결책의 타

---

169) 김혁기, 법적 추론의 기능에 대한 고찰, p.16

170) 김혁기, 법적 추론의 기능에 대한 고찰, p.12-13

“법적 사고는 기본적으로 논리에 의존하는 추론 과정뿐만 아니라 다양한 사고 유형들로 이루어져 있다. 법적 사고에 동원되는 사고 유형의 목록은 더 증가될 수도 있을 것이다. 이러한 고찰은 법적 결론은 법규범과 논리를 통해서 도출되기보다는 다른 고려에 의해 내려질 가능성이 크다는 점을 보여준다. 즉, 법적 사고의 인지적 특성은 법적 판단을 내릴 때 엄격한 법적 추론 외에 법적 사고의 다른 측면에 기여하는 여러 실천적 추론들도 활용된다는 점을 시사한다.”

당성과 적합성은 논증을 통해서 검증되고 확인받는다.

“사법부는 독립적 기관으로서 자유로운 고민과 심의를 보장받은 만큼, 최종적 판결만큼은 공개함으로써 최소한도의 투명성을 확보해야 한다. 공권력의 담당자로서, 법관은 결론을 내린 과정을 솔직하게 기술하고 자신의 재량적 선택이 비록 법에 의한 것이 아니라고 할지라도 적어도 국민들로부터 동의를 얻을 만한 것이 되도록 노력해야 한다. 사법 추론의 투명성은 법에 대한 존중과 신뢰를 확보하고, 사법에 대한 민주적 심사와 평가가 가능하게 하며, 법관의 책임 의식과 전문성을 강화하는 역할을 한다.<sup>171)</sup>”

논증을 통해서 얻을 수 있는 것은 판결의 정당화 가능성(justification)과 해당 결정에 관한 사회의 수용가능성이다. 논증은 법적 결정의 ‘이유를 부여’하고 ‘근거를 지우는’ 것이므로, 그 내용이 어떻게 구성되느냐에 따라 그 결정이 정당화 가능한지 여부를 따질 수 있다.

“일반적으로 추론 또는 논증은 결론에 해당하는 명제의 참을 증명하는 것을 목표로 한다. 마찬가지로 법적 추론은 사실(facts)과 법(law) 사이의 관계에 대해 어떤 결론에 도달하는 과정이며, 그렇게 도달한 결과로서의 법적 판단이 참이라는 점을 밝히는 것을 목표로 한다. 이처럼 어떠한 법명제가 참이라는 점 달리 말해 사안에 대한 법적 판단이 옳다는 점을 밝히는 기능을 정당화(justification) 기능이라고 할 수 있다.<sup>172)</sup>

법원의 논증 작업은 그 판단이 참이라는 것을 밝히기 위한 것이므로, 특정 결정에 이르기까지 법원이 밝히는 논증 과정은 곧 해당 결정의 정당화와 연계된다. 법원이 판단의 근거로서 어떠한 내용의 설명을 하느냐는 어떠한 방식으로 해당 결정이 정당화되느냐 하는 문제와 결부된다. 법원이 어떻게 논증을 구성하였느냐에 따라서, ‘근거 지워진 법적 판단’인 정당화는 다음에 인용한 심헌섭(1982)의 설명과 같이 크게 내적(內的:

---

171) 김혁기, 법적 추론의 기능에 대한 고찰, 2003, p.37

172) 김혁기, 법적 추론의 기능에 대한 고찰, p.17



internal) 정당화와 외적(外的: external) 정당화로 구분된다.

법획득의 방법론이 기본으로 삼는 과제는 근거 지워진, 다시 말해서 ‘정당화된’ 법적 판단의 획득에 있다. 그러면 이러한 정당화란 구체적으로 무엇을 가리키는 것인가?

이는 J. Wróblewski가 지적하듯이 두 가지로 나누어 볼 수 있다. 즉 ‘내적 정당화(internal justification)’와 ‘외적 정당화(external justification)’인 것이다.

법획득의 내적 정당화란 법적 판단이 그 근거가 된 전제들에서부터 ‘논리적으로’ 추론되는가를 두고 말하는 것이다. 이것은 이른바 ‘법률적 삼단논법’으로 불리어져 왔다. (...) 내적 정당화의 형식적 구조는 보편화 원칙과 형식적 정의의 확보에 이바지하며, 따라서 법획득 작업에 합리성과 정당화를 어느 정도 부여하는 것이다. 그러나 그것은 어디까지나 상대적이다. 왜냐하면 그것은 전제들 자체의 합리성과 정당화에 의존되어 있기 때문이다. 이를 논하는 것은 외적 정당화의 영역에 속하는 것이다. (...) 법획득의 외적 정당화란 바로 그 내적 정당화에 사용된 전제들의 근거 지움에 있는 것이다. 이러한 전제들은 여러 가지일 수 있겠다. 이른 생각나는 것은 ①실정법규, ②경험명제, ③실정법규도 아니고 경험명제도 아닌 전제들을 들 수 있다. 그런데 마지막의 실정법규도 아니고 경험명제도 아닌 전제들로서 중요한 것은 법학명제(해석 및 학설)과 판례를 들 수 있다. 따라서 외적 정당화의 기본적인 대상으로서의 전제들로서는 ①법률, ②법학(이론), ③판례, ④경험을 들 수 있다고 하겠다.<sup>173)</sup>

법원의 논증이 내적 정당화 기능을 수행하는지, 아니면 외적 정당화 기능을 수행하는지 여부는 해당 논증의 자원(資源)과 논증의 방식에 의하여 결정된다. 법원이 결정을 내림에 있어서 법명제로 구성된 논리적 설명을 제공하였다면 논리적 방식으로 정당화되어야 하며, 법명제가 아닌 다른 판단의 요소가 개입하였다면 그에 관한 정당화가 요청된다<sup>174)</sup>.

173) 심헌섭, “법획득방법의 기본구조에서 본 법학과 법실무”, 서울대학교 법학, 서울대학교 법학, 제23권 제1호, 1982, pp.36-38

174) 법적 논증이 어떠한 내용인가와 그에 관한 정당화를 연계하는 알렉시는 실정법

법명제로만 논거를 구성하지 않는 경우에는 법적 차원에서 머무는 정당화는 일정한 한계가 존재한다고 볼 수 있다. 그 경우 외적 정당화가 함께 요청된다.

### 3. 논증의 재료, 자원(資源)

#### 가. 논거의 구분

이처럼 법원의 논증이 모든 사안에서 동일한 모습을 보이는 것은 아니다. 법원의 논증은 대상 사안의 성격에 따라 여러 층위에서 다양한 분기점을 거친다. 사안의 속성에 따라서 판단의 대상은 판단이 수월한 사안(easy case)<sup>175)</sup>과 판단이 어려운 사안(hard case)로 구분된다. 판단이 수월한 사안에 관한 결정은 협의의 법해석으로서 법명제에 근거한 논리연역적 논증을 거친다. 판단이 어려운 사안은 법의 공백과 불완전, 부당한 지시라는 문제와 씨름해야 하는 사안으로서, 해당 사안에서 법원의 논증은 논리연역적 3단 논법에 의하는 것이 아니라, 여러 가지 제반사안을 정책적으로 검토하고 종합적으로 판단하는 방식을 취하게 된다. 이를 좀 더 간명하게 정리하자면, 사안에 맞는 논증의 전개를 채택하는 법원

---

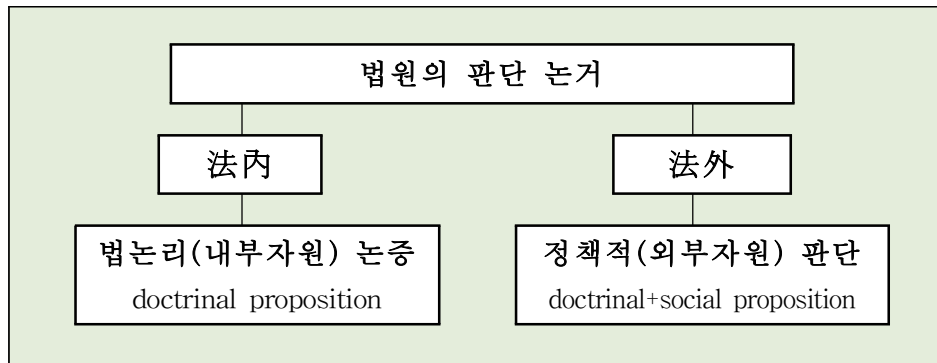
규칙 및 경험적 진술이 판단의 근거가 된 경우에는 내적 정당화가 필요하며, 실정법이나 경험 진술에 속하지 않은 논거에 대해서는 외적 정당화가 필요하다고 정리한다. 알렉시는 외적 정당화의 규칙과 형태를 6가지로 구분한다. 해석의 규칙과 형식, 도그마적인 논증, 판결례의 사용, 일반적인 실천논증, 경험적 논증, 특수한 법적 논증이다. (Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, 1978)

그러나 알렉시의 세밀한 논증 구분은, 이 글에서 중점을 두고 있는 법형성 결정과 관련은 있되 핵심 주제는 아니기 때문에 상세한 검토는 줄이고, 논증의 내용과 정당화의 방법이 서로 연계된다는 점만을 강조하고 논의를 계속 진행하기로 한다.

175) 하지만 법원에 당도하는 사건 중 사실상 ‘쉬운’ 사건은 없다. 사법부가 다루는 계쟁 사건들이 정말로 입법부가 만들어 놓은 법전을 들춰 보기만 해도 쉽게 판단할 수 있는 용이한 사안들이라면 애초에 해당 사안들이 문제 해결에 있어서 긴 시간과 비용을 요하는 법원에까지 당도하게 되었을 가능성 자체가 낮다. ‘법을 따랐을 때’ 어떠한 결정이 내려질지 자명한 사안들은 이미 법원의 문에 당도하기 이전에 대부분 해결될 것이기 때문이다

의 논증은 다음과 같이 구성되어 있다고 할 수 있다.

[그림 3-1 : 법적 판단 근거의 구분]



논리연역적 법해석은 주어진 법적 요건에 맞추어서 기왕의 주어진 법 효력을 발생시키는 것이므로, 기존 법규범을 보완하거나 새로운 논리를 창설하거나 특정한 법규칙의 효력을 변경 또는 정지시킬 필요가 없다. 논리적·연역적 논증은 선택 가능한 대안을 일정한 테두리 안으로 한정한다. 그렇다면 그 테두리 안에서는 어떠한 기준으로 굳이 하나를 선택하게 되는가 하는 문제가 남는다. 이는 사법부가 판단을 도출하는 과정인 ‘법적 논증’이 단순히 법해석이 아니라 결단으로서의 성격을 가지고 있음을, 즉 법해석 외에도 법형성이라는 부분으로 함께 이루어져 있음을 말해준다.

일견 그 결론이 자명(自明)하게 드러나지 않아 어려운 사안(hard case)라고 불리는 사안에 있어서는 법원은 특정한 결정을 도출한다. 난제에 관한 법적 판단이 가능한 것은 법원이 결정을 위하여 동원하는 사고방식이 순수한 논리연역적 사고만이 아니기 때문이다. 과연 순수한 법적 논증만으로도 모든 사안에 관한 법원의 결정이 산출되는지를 따지면, 그렇지 않음을 알 수 있다. 또한 법규정의 문언을 글자 그대로 따르면 부당한 결론이 도출되는 경우의 부당함은 해당 사안을 사회적 관점에서 판단한 - 사회의 변화로 인하여 법문언의 기계적 적용이 부적절해진 상황이거나, 혹은 사회적으로 수용하기 힘든 부정의 내지 비효율이 발생하

는 경우 - 것이다.

우리나라 대법원 판결문에서 드물지 않게 관찰되는, ‘신의성실의 원칙’, ‘사회의 건전한 법 관념’, ‘손해의 공평한 분담’ 혹은 ‘형평의 요청’이라는 기준이 활용된 여러 결정들은, 법명제의 불완전성을 보여주는 사안들, 즉 법해석만으로 유일한 결론이 도출되었다고 보기 어려운 사안들이다. 원리, 원칙, 정의에의 부합 혹은 법질서에 내재된 근본 가치 등과 같은 요소들이 법원 논변에 개입한다는 것은 그러한 결정을 산출하는 법관이 일종의 - 비록 미시적·보충적이긴 하여도 - 입법적 결단을 내린다는 사실을 드러낸다. 문제사안에 접목될 법원리가 지시하는 바에 관한 구체적인 상술(詳述) 혹은 가치와 이익의 형량 등의 방법을 동원하여 법관이 일정한 결론을 이끌어 내는 과정에서 실정법 규범 이외의 요소가 논거로서 개입된다.

법원의 결정이 실정법의 내부적 논리 이외의 것, 즉, ‘실정법체계 외적인 요소’에 근거한 것이라면 해당 논소의 타당성을 따져 결정의 적합성 여부를 판단해야 한다. 불확정 사안에서는 논리연역적 논증으로 중간 지점까지 다다를 수는 있으나 결론에 도달하기 위해서는 법원이 사법재량을 발휘하게 된다. 이 경우 법원은 법명제의 적용에만 그치는 판단이 아니라 사회 전반의 여러 요소를 고려한 판단, 정책적 판단을 내린다.

“내적 정당화란 간단히 표현하면 하나의 판결이 그 전제들, 즉 법률과 구성요건 혹은 법률요건충족이라는 전제들로부터 논리적으로 도출될 수 있는가에 관한 것이라면, 외적 정당화란 이러한 전제들 자체가 무엇을 통해(예를 들면 체계 외적인 그 무엇에 의해) 근거 지워질 수 있는가에 관한 것이다.<sup>176)</sup>”

법원의 사고를 분해하여, ‘정책적 요소’를 고려한 법원의 결정이라는 범주를 활용함으로써 우리가 얻을 수 있는 인지 및 담론적 혜택은, 법원의 결정이 논리연역적인 법해석에 한정 - 물론, 법원이 내리는 결정의

---

176) 김성룡, 법적논증론 : 발전사와 유형, p.175

대부분이 법해석임은 당연하나 - 된다는 고식적(姑息的) 관념을 벗어나서 법원의 결정과정, 특수한 결정을 통한 법리의 변화양상, 결정의 사회적 수용성 및 정당성 등에 관하여 더욱 적극적인 탐색이 가능할 수 있다.

#### 4. 법원 논증의 구성

법적 논증에서 사용되는 논거가 실정법의 법체계 내부에 이미 존재하기 때문에 현행의 구축된 법체계 속에서 답을 찾는 논증을 법체계 내적 논증(inside-law-argumentation<sup>177)</sup>)으로 정리할 수 있다.

기존의 실정법만으로는 충분히 적합한 답을 제공할 수 없기 때문에 법적 논증 과정에서 사용되는 논거가 법체계 외부에 존재하는 자원을 활용하여 답을 찾는 논증을 외적 논증(outside-law-argumentation)으로 유형화할 수 있다.

법해석의 개념이 다의적이기 때문에, 법해석과 법형성의 경계 역시 불분명해지는 경우가 생긴다. 또한 법해석에는 해석자의 선이해(先理解)가 개입되기 마련이므로 법해석이 곧 법형성이라고 주장하는 경우도 있다<sup>178)</sup>. 하지만 법해석의 연장선상에 법형성이 있다고 하더라도 그 차이가 분명히 존재하기 때문에 양자를 동일한 것으로 혼용할 수는 없다. 법해석 내지 법형성의 어떤 유형으로 분류되든지 간에 특정한 판단이 필요한 구체적 사안에 대하여 분쟁 당사자들이 요청하는 결정이 내려졌다는

---

177) 라렌츠·카나리스, 법학방법론, p.72

178) 양천수, 법률에 반하는 법형성의 정당화 가능성, (p.111)

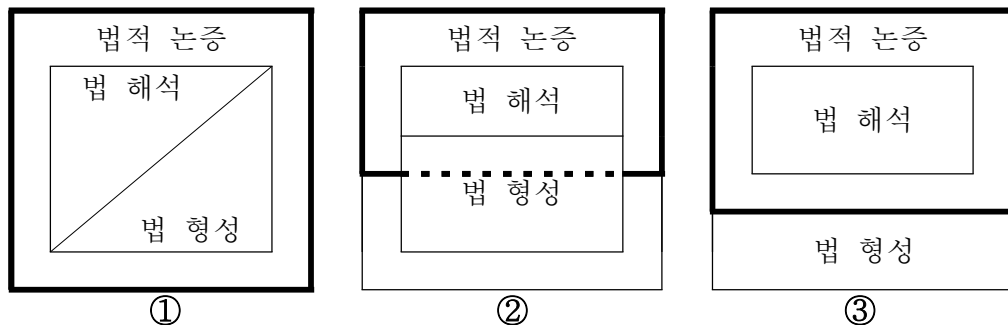
“법해석과 법형성을 개념적으로 구별하는 대륙법학에서도 ‘철학적 해석학’의 성과를 수용한 ‘법해석학(juristische Hermeneutik)’의 영향으로 양자를 본질적으로 구별할 수 없다는 견해가 제시된다. 왜냐하면 법해석학은 모든 법해석 과정은 해석자의 선이해가 개입하는 형성적 작업이라고 파악하기 때문이다. 법해석학에 따르면, 모든 법해석 과정은 이미 존재하는 실정법의 규범적 의미내용을 발견하는 과정이 아니라, 해석자가 지닌 선이해를 기반으로 하여 실정법의 규범적 의미내용을 만들어가는 형성적 작업이다. 이 같은 근거에서 법해석학은, 법을 해석하는 과정은 법을 인식 또는 발견하는 과정으로서 법형성작업과는 구별된다고 주장하는 전통적인 법학방법론의 견해를 비판한다. 법해석학에 따르면, 모든 법해석은 본질적으로 법형성일 수밖에 없다.”

점에서는 동일하다. 법 문언의 가능한 의미로 경계가 나누어지지만, 법적 결정의 도출이라는 점에서 법형성은 법해석의 연장선상에 놓여 있다. 물론 그렇다고 하여 법해석과 법형성이 완전히 다른 분리되는 개념이라 할 수는 없다. 법해석과 법형성은 결국 법적 결정을 이끌어내는 과정에서 어떠한 내용과 방식으로 논증을 구성했느냐 하는 문제이기 때문이다.

법적 논증을 법원이 법적 결정을 산출하기 위하여 동원하는 판단의 방법이라고 할 때, 법적 논증의 개념 영역은 법해석과 법형성 양자를 모두 포함한다. 통상적으로 ‘논증’ 혹은 ‘추론’이라는 말을 사용할 때, 해당 개념에는 엄격한 의미의 법해석뿐만이 아니라 법형성을 포함하는 것으로 봄이 타당하다. 법학 논증이론은, “구체적이고 현실적인 논증활동에 위해 뒷받침”되어야 이론적 가치를 확인할 수 있다고 할 것인데, 실제 현실에서 법원의 논증은 법해석과 법형성의 방식 양자를 활용하며 구체적 사안에 필요한 결정을 도출하고 있기 때문이다<sup>179)</sup>.

이를 도식화하면, 다음 그림의 ①이 현실에서 법원이 수행하는 법적 논증을 충분히 설명하는 개념이라고 할 것이다.

[ 그림 3-2<sup>180)</sup> : 법적 논증의 영역, 법해석과 법형성 ]



179) 하재홍, “법적 논증의 기초 : 대법원 판결과 페렐만의 신수사학”, 2010, p.61, 각주1

“우리가 법적 논증이론을 다룰 때 특히 유의할 것은, 어떠한 법적 논증이론이든 실제의 왕성하고 활발한 논증활동에 의해 뒷받침되어야 한다는 것을 잊어서는 안 된다는 것이다. 논증이론은 논증활동을 전제로 하는 것이므로 구체적이고 현실적인 논증활동에 의해 뒷받침되지 않는 논증이론은 추상적 이론에 불과할 뿐 논증이론으로서의 가치는 반감되기 때문이다.”

180) 논지 전개와 편의를 위하여 작성한 도표로서 개념의 정밀성 재검토 여지 있음

공두현(2013)의 연구는 법적 논증이 협의의 법해석, 다시 말하여 ‘법률 문언의 가능한 의미’를 근거로 하는 논리연역적 논증에만 한정되는 것이 아니라, 법률문언의 가능한 의미 경계를 넘어서는 논증 역시 이루어지고 있음을 다음과 같이 설명한다.

전통적 법해석방법론에서 법해석의 한계로 기능한다고 여겨졌던 ‘법률 문언의 가능한 의미’는 법관이 추가적인 논증의 부담을 지게 되는 임계점일 뿐 진정한 의미의 한계라고 볼 수는 없다. 법률 문언의 통상적인 의미 내지 가능한 의미는 법적 논증의 정당성과 타당성을 논증하기 위해 제시되는 근거 중 하나가 될 뿐이다<sup>181)</sup>.

## 제2항 논증의 구분

### 1. 법해석과 법형성의 경계선

논증은 논변의 자원(資源)을 논리적 설계에 따라 축조(築造)함으로써 이루어진다. 법적 논증은 어떠한 논증의 자원을 활용할 것인가 하는 문제와 그리고 논증의 구성 방식을 어떻게 설계할 것인가 하는 문제가 중요하다. 법적 논증의 자원은 두말 할 나위 없이 법이다. 문제는 과연 법명제의 사안 적용만으로 모든 사안에서 논증이 완성될 수 있느냐 하는 것이다.

법원의 결정이 순수한 법명제 구성에 기초를 하였다면 이는 내적 정당화의 방식 - 논리적 합치성- 으로 근거를 평가해야 한다. 다음과 같은 3단 논법과 같은 논증은 논리의 정합성을 기함으로써 결정을 정당화할 수 있다.

---

181) 공두현, 사법판단 과정에 관한 연구 : 법적 판단과 법 변동의 구조, p.127

대전제: A의 경우에는 B가 적용된다.  
 소전제: 개별사안 a는 A의 범주에 속한다.  
 결 론: 따라서 a는 B에 따라서 규율된다.

법원이 법적 판단을 내림에 있어서, 논리연역적 논증 과정을 거치는 경우, 구체적 사건을 특정한 범주로 포섭하여 법적 결정을 도출한다. 즉, 다시 말하여 ‘큰 것에서 작은 것으로’라는 사고방식에 맞추어 구체적 사안이 어떠한 법적 표지를 가지고 있는지 분석하여 특정한 법적 개념에 포섭함으로써, 결정에 필요한 법적 근거를 찾는 것이다.

사실인정과 규범포섭을 거치는 이러한 방식의 법적 논증은 법관의 ‘인지적 부담을 덜어주기<sup>182)</sup>’ 위하여 정형화된 개념 틀을 사용한다. 논리연역적 방법을 적용하여 구체적인 분쟁 사안의 구조를 이해함에 있어서 접근의 틀로 삼을 법적 요건들이 어떠한 것들인지 밝히는 개념 틀에의 ‘포섭’과 ‘범주화’ 작업을 거치면, 그러한 법적 요건이 충족되는 경우 일정한 법률 효과를 부여·발생시키게 된다. 이 경우 법적 논증의 두드러지는 특징은 개념 범주화에 있다<sup>183)</sup>. 개별적 고유성을 저마다 지니는 분쟁 사건들은 개념 범주화 사고를 통해서 일정한 유형의 사안으로 편속(編所)되고 그에 맞추어 규율된다. 3단 논법의 연역적 사고 과정은 이러한 범주화 사고를 잘 보여준다.

그런데 법관이 법원의 문 앞에 당도한 문제사안을 어떠한 법적 개념으

182) “법은 법적용자의 인지적 부담을 덜어주기 위해 공동체의 생활에서 반복되어 발생하는 문제들의 해결에 적합하게 개념을 재구성한다. (김혁기, 법적 추론의 기능에 대한 고찰, p.12)”

183) “법적 사고는 개념적, 범주적이다. 사실상 모든 사고는 개념을 기본적 단위로 삼는다. 인간이 사고하기 위해서는 일차적으로 자신이 경험하는 수많은 자극들을 의미 있게 분류(classification)할 수 있어야 한다. 대상의 분류를 가능하게 하는 과정이 범주화이다. 개념은 범주화를 통해 분류 기능을 수행하며, 범주의 체계는 개념에 기초하여 이루어진다. 이처럼 개념과 범주는 상보적인 작용을 통해 인지와 의사소통을 가능하게 만든다. 그런데 법에 있어서는 개념과 범주의 분류 기능은 사고의 가능 조건에 그치는 것이 아니라 법의 존재이유 그 자체가 된다. 왜냐하면 법규범이란 결국 이러저러한 행위나 사물의 범주들을 구분하여 상이한 법효과를 부여하는 기능을 수행하기 때문이다.” (김혁기, 법적 추론의 기능에 대한 고찰, p.10)



로 포섭해야 할지 쉽게 판단하기 어려운 사건, 범주화가 어려운 사안들이 존재한다. 사법에 대한 통상적 관념은, 삼단논법에 의한 연역적 추론이다. ‘대전제-소전제-결론’의 논리적 구조에 따라서 문제를 해결하는 경우가 많지만 모든 법적 문제가 삼단논법에 충실할 때 답이 산출되는 것은 아니다. 순수한 논리연역적 논증을 따라가면 막다른 골목에 다다르는 경우도 존재한다. 적용 법리가 무엇인지 확실하지 않은 사안들, 또는 적용해야 하는 법리가 충돌되고 모순되는 경우이다. 법의 해석에 대립하고 경쟁하는 이설이 있을 수도 있고, 법해석으로는 해결 불가능한 사안도 있다. 때로는 실정법이 확실히 존재하지만 구체적 사안에 해당 범명제를 그대로 적용한 결과 수긍하기 어려운 결론이 도출되는 경우도 있다.

그러나 범명제 해석만으로는 ‘자명(自明)하지 않은 사안’에서도 법원은 적합한 결정을 내려야 한다. 법원은 충돌·모순되거나 경쟁하는 여러 규범 중에서 하나를 선택하는 난제를 해결해야 하는데, 이러한 경우 법원이 논리연역적인 과정만을 거쳐서 결론을 도출할 수 있는지는 보증되지 않는다. 단순한 논리 연역적인 추론을 적용해서 사안을 해결하기는 어렵다. 해석의 막다른 골목에서 우리는 순수한 법적 논증만으로는 해소되지 않는 문제 현상을 어떻게 해결하는가? 이 경우 논증은 순수한 해석이 아니라, ‘실천적 논증’의 성격을 띠게 된다. 법원의 결정은 법의 순수한 논리적 해석에 따르는 경우도 있지만 그러하지 않은 경우도 많다.

“실정법의 적용과 구체적 타당성의 대립<sup>184)</sup>”이 빚어지는 경우 역시 그 답이 자명(自明)하지 않은 사안에서 겪는 어려움에도 불구하고 법원은 일정한 결정을 내려야 한다. 법원이 엄격하게 한정된 협의의 법해석을 하는 것이 아니라 법문언의 통상적 어의를 확장·초월하여 결정을 내리거나, 또는 구체적인 특정 법조항에 의거하여 사안을 규율하기 보다는 포괄적인 논거를 활용한 법적 결정을 산출하는 경우가 존재한다.

이는 법원이 법적 문제에 적합한 결정을 산출함에 있어서 법해석에만 의거해서는 그 부여된 소임을 다하지 못하는 상황이 종종 발생하기 때문

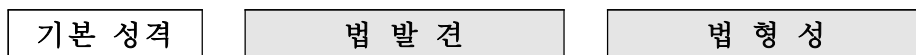
184) 권영준, “민법학, 개인과 공동체, 그리고 법원”, 2015, p.1411

이다. 법원은 결정의 논리적 증거를 찾는 ‘논증’ 과정을 통해서 문제에 대한 답을 찾으려고 하지만, 적합한 결정을 산출하는 과정에서 새로운 법적 논리를 개발하거나 문제사안과 관련한 규범 창설적인 결정을 내리는 경우가 적지 않다.

법형성의 이유와 정당화 근거를 법률의 흠결에서 찾은 라렌츠와 카나리스는 법관의 작업, 광의의 법해석을 크게 협의의 법해석과 법형성으로 구분하고<sup>185)</sup>, 법관의 법형성을 다시 세목별로 유형화한다. 법형성은 법률내재적(secundum legem) 법형성, 초법률적 법형성(praeter legem), 법률에 반하는 법형성(contra legem)으로 분류하였다.<sup>186)</sup> 박철(2003)은 법원의 결정이 단순한 범명제 확인에 그치지 않음을 강조하며, 법의 적용을 ‘법발견’, ‘법률의 문언을 넘은 해석’, ‘법률의 문언에 반하는 해석’의 세 유형으로 구분하기도 한다<sup>187)</sup>.

이러한 법현상은 법학방법론의 탐구 주제로서 많은 관심을 받아 왔는데, 법원이 단순히 ‘법을 말하는 입’ 이상의 단순해석 기능을 수행하는 경우에 관하여, 사비니는 그의 법해석 구분론에 따라 그를 목적론적 해석이라고 정리하였고, 라렌츠와 카나리스는 법을 초월하는 해석과 법에 반하는 해석이라고 정리하기도 하였다. 성문법의 내부 논리를 법원이 확인하고 구체화하는 삼단논법을 따르는 해석 이외의 경우에 관해서는 학자마다 여러 표현으로 정리하고 있으나, 논변의 경제성을 위하여 이를 ‘법형성’이라고 묶을 수 있겠다.

[표 그림 3-3: 영역 모델에 따른 법학방법론의 체계 구분<sup>188)</sup>]



185) 사비니의 법해석 방법론 분류와 라렌츠·카나리스의 구분을 대조하자면, 문언주의 해석은 법형성과 대별되는 법해석에 속할 것이며, 역사적 배경이나 법의 목적 등을 반영하는 해석은 라렌츠와 카나리스가 말하는 법형성에 해당할 것이다.

186) 라렌츠, 카나리스(Larenz, Canaris) 著, 허일태 譯, 『법학방법론』, 2000

187) 박철, “법률의 문언을 넘은 해석과 법률의 문언에 반하는 해석, 2003

188) 김혁기, 법적 추론의 기능에 대한 고찰, p.25의 도표 인용

주된 방법	해 석	유 추
법적용 영역	법문의 의미 내부	법의 흠결 영역
법관의 역할	법규범의 적용	흠결의 보충

법원의 논증이 범명제에 의거하여 엄밀한 논리연역적 과정을 따르는 경우 이를 협의의 법해석 판결이라고 할 수 있다. 그러나 단순한 논리연역적 사고 외에도, 헌법적 가치질서와 법원리를 반영하여 귀납적·종합적 사유를 논증에 동원하는 경우, 이는 범형성 판단이라고 정리할 수 있다.

영역 모델에 따르면, 범형성은 범발견(법해석)과 상기와 같이 대비된다. 범형성 판결은 엄밀한 의미의 법해석에 따른 판결이 아니다. 논리적 추론에 의하여 법규칙에 따른 법효과를 적용시킬 수 없는 사안에서 범형성이 일어나기 때문이다. 순수하고 엄밀한 개념의 법해석적 논증을 따라가다가 막다른 골목에 다다르는 경우가 존재한다. 학자에 따라서 범형성을 다양하게 분류하나<sup>189)</sup>, 법원이 실정법의 근거 외에 다른 논소를 논증에 활용하는 경우로 볼 수 있다. 범형성은 법의 흠결을 보충하고 실정법 명제를 연역적으로 적용한 결과물 이상의 결정을 산출한다.

## 2. 사비니의 방법론 구분과 법해석의 초점

### 가. Savigny의 법해석 방법론

법원이 결정을 산출함에 있어서 중요한 점은 법관의 법률구속의 원칙을 일탈하지 않으면서도 구체적 사안에 적합하고 타당한 판결을 내려야 한다는 것이다. 우리 법원 역시 법해석이, ‘법의 표준적 의미를 밝혀 객

189) 예컨대, 라렌츠와 카나리스는 ‘흠결’의 개념에 따라서 범형성을 법률내재적 범형성, 초법률적 범형성, 법에 반하는 범형성으로 구분한다.

관적 타당성이 있도록 하여야’ 함과 동시에 ‘구체적 사안에 맞는 가장 타당한 해결이 될 수 있도록, 즉 구체적 타당성을 가지도록’ 해석하여야 한다고 밝히고 있다. 법원의 결정 도출은 일견 상반될 수도 있는 이러한 기준을 충족해야 하기 때문에 다양한 방법론을 구체적 사안에 따라서 선택하여야 한다고 말한다.

이처럼 해석은 “본질적으로 법관의 창조적 활동이므로 법의 정합성과 권위를 위해서는 해석의 기준이 필요”하다<sup>190)</sup>. 법적 논증만으로 모든 여하한 법적 결정이 산출되는지 아니면 그 이외의 것이 개입하는지에 관하여 분석할 필요가 있다. 이 지점에서 정교한 법해석 방법론이 발전하게 되었다. 사비니(Savigny)의 고전적인 법해석 방법론 분류에 따르면, 법해석은 ①문리적(문언중시적) 해석, ②체계적(논리적·문맥적) 해석, ③역사적 해석, ④목적론적 해석으로 크게 네 가지로 분류되는데, 현실의 판결은 해석방법론은 특별히 소명하지 않고 판결을 내리거나, 여러 방법론을 동시에 채택하기도 한다. “법률의 입법 취지와 목적, 그 제·개정 연혁, 법질서 전체와의 조화, 다른 법령과의 관계 등을 고려하는 체계적·논리적 해석방법을 추가적으로 동원<sup>191)</sup>”한다고 말한다.

사비니가 분류한, 문리적 해석, 논리적·체계적 해석, 역사적 해석, 목적론적 해석의 방법론은 다양한 경우에서 관찰되는 법해석 방법론을 일정한 유형으로 범주화하여 간명한 이해를 제공하는 장점이 있으나, 실제 사안에서 어떠한 해석방법론을 적용하는 것이 더욱 타당할지 그 우선순위를 결정지움에 유효한 지침을 제공하지는 못 하고 있다.<sup>192)</sup> 또한 사비

190) 김혁기, “법해석에 의한 모호성 제거의 불가능성”, 2009, p.123

“해석은 본질적으로 법관의 창조적 활동이기 때문에, 법의 정합성과 권위를 위해서는 해석의 기준이 필요하다. (...) 법의 불확정성은 필연적으로 사법 재량을 초래하기 때문에, 해석의 불확정성을 제거할 수 있는지가 문제가 된다. 이에 대한 대답은 법적 불확정성의 대표적 연원인 모호성에 대한 분석으로부터 구할 수 있다. 법의 모호성은 필연적이고, 감축불가하며, 광범위하기 때문에, 법의 불확정성 역시 심각하다.

191) 대법원 2009. 2. 23. 006다 81035 판결 ; 대법원 2010. 12.23, 2010다81254 판결 ; 대법원 2014. 1. 20, 2013도12939 판결 등

192) 심헌섭, “법획득방법의 기본구조에서 본 법학과 법실무” p.39

“법학이 하는 일은 크게 해석과 체계구성이다. 즉 법학은 법획득에 있어서 학문적, 체계적 작업을 한다. 일찍부터 법학은 법해석을 근거지우는 이른바 해석의 ‘canones’를

니의 분류에 근거하여 학자마다 강조하는 해석방법론은 다양하다. 여러 해석 방법론은 법률 문언을 어느 정도로 중시하느냐에 따라 달라진다.

## 나. 법문언주의

사비니의 고전적 방법론 중, 엄격한 문언주의(textualism) 법해석을 주장한 스칼리아(Scalia)는 법률 문언의 중요성을 강조하며 문언에 충실하게 정확한 해석을 하여야 함을 강조한다. 법해석은 법 문언(text)의 어의(語義)를 파악하는 것이며, 법 문언은 해석의 출발점이자 한계이기 때문에 법 해석은 문언의 가능한 한계를 넘어설 수 없다는 강고한 입장이다. 따라서 법해석의 대상이 되는 것은 성문의 텍스트이며 법해석의 대상을 법 문언에서 더 확장하는 것에 대하여 매우 엄격한 태도를 취한다.

법 문언주의에 관한 모든 비판 중에서, 가장 터무니없는(mindless) 비판은 법 문언주의가 ‘형식주의적(formalistic)’이라고 비난하는 것이다. 그러한 비판에 나는, ‘당연히 형식주의적(of course it’s formalistic)’인 것이 법 문언주의의 본질이라고 답한다. 법치주의 자체가 ‘형식’에 관한 것이기(The rule of law is about form) 때문이다. (...) 형식주의여, 영원하라(Long live formalism)! 바로 형식주의(formalism)야말로 우리 정부를 사람의 지배에 따르는 정부가 아니라 법의 지배에 따르는 정부로 만드는 것이다.<sup>193)</sup>

스칼리아(Scalia)로 대표되는 법문언주의자들의 견해에 따르면, 법 문

---

열거하려 애썼고, 법흥결의 경우 이를 보충할 논거를 제시하려 했고, 규범충돌이나 입법상의 오류가 있을 때 이를 수정할 가능성을 검토하였다.

해석의 canones로는 Savigny 이후 ①문언(문리적), ②문맥(논리적, 체계적), ③발생사(역사적), ④목적(목적론적)을 드는 것이 보통이었으나, 요즈음은 여기에다 비교법학적, 합헌적 해석 등이 덧붙여져 그 수가 일정하지 않다. 요컨대 이러한 해석의 canones는 말하자면 ‘해석의 수단’이다. 그런데 이러한 수단의 확고한 서열이 문제이다. 문리가 해석의 출발점이기기는 하지만 해석의 여지가 있을 때 이를 어떻게 확정하는가이다.”

193) Scalia, "Common Law Courts in a Civil Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws", in A Matter of Interpretation, 1997, p. 25

언의 가능한 의미의 한계 내에서 이루어지는 결정은 법해석이며, 법 문언의 가능한 의미를 넘어서는 해석은 더 이상 해석이 아니다. ‘임의적이고 주관적인 생각이나 자의적인 결정’이 될 수 있기 때문이다. 따라서 문언주의자들에게 법문언에의 충실성은 법치(法治)를 보장한다.<sup>194)</sup>

법문언주의가 법해석에 기여하는 바가 적다고 비판<sup>195)</sup>할 수도 있으나, 법문언의 강조는 법관의 논증의무를 강화하는 측면이 있다.

“신문언주의는, 법률 해석이 국가기관들 사이의 권한 배분에 관한 문제이고, 법률 해석 방법의 선택은 헌법적 구조에 나타난 가치에 의하여 정당화되어야 한다는 점을 좀 더 명확히 인식하도록 요청한다. 우리 헌법상 민주주의와 법치국가의 원리, 법관의 법률에의 기속 원칙에 의하면, 법관은 입법부가 한 결정에 따라야 할 의무가 있고, 법률 규정의 불확정성과 불완전성 때문에 법관에게 어느 정도 사법재량이 있다고 하더라도 그 재량의 행사는 일정한 한계 내에서 이루어져야 하는 것이다. (...) 즉 법원이 법률 문언의 가능한 의미를 벗어나는 해석을 할 경우에는, 단지 구체적 타당성만을 근거로 삼아서는 안 되고 법관의 법률에의 기속 원칙이 예외적으로 후퇴하여야 할 이유와 근거에 관하여 논증과 설명의 의무를 다해야 한다는 것이 신문언주의의 시사점이라고 할 것이다.”<sup>196)</sup>

법문언주의는 행정법 해석을 중심으로 발달한 이론이라는 점에서 본 연구에서 주된 분석 대상으로 삼는 환경 분야의 민사 손해배상 사안의 분석에는 일정한 한계가 존재하나, 법원이 사법재량의 행사함에 있어서의 자제와 신중함을 요청하는 근거가 된다는 점에의 그 의의가 있다.

## 다. 문언을 해석하는 주체의 중요성

---

194) 심헌섭, “법 획득방법의 기본구조에서 본 법학과 법실무”, 서울대학교 법학, 제 23권 제1호, 1982, p.35

195) 김혁기, “법해석에 의한 모호성 제거의 불가능성”, 2009, p.138

196) 이상윤, 신문언주의, 2016, p.261

이에 대하여 해석자의 창조적 역할을 감안하며, 법률 문언을 따르라는 것은 법치주의를 보장하기 위하여 법관의 논증 작업에 대한 ‘지침’으로서 는 의의가 있겠으나, 실제의 문제사안에서 법률 문언의 의미하는 바가 이미 명확하다면 해당 법조항과 결부된 사안이 법원의 문턱을 넘을 일 자체가 없다고 비판할 수도 있다. 바락(Barak)은 아무리 법 문언이 단순 명료하더라도 해석은 반드시 필요하다고 강조한다. 법이 단순명료하다는 (plainness) 사실 그 자체가 이미 해석의 결과물이므로 자명(自明)한 법률은 없다.

법 문언이 단순명료하다는 사실이 법해석의 필요성을 제거하지는 않는다. 왜냐하면 특정한 법 문언이 단순명료하다는 것 그 자체가 이미 법 해석을 거친 산물이기 때문이다. 해당 내용의 의미가 무엇인지 논쟁이 일어나지 않는 법 문언조차도 법해석을 요구한다. 왜냐하면 법 해석을 거쳐서야 공통된 이해(이견의 부존재; absence of dispute)가 가능하기 때문이다.<sup>197)</sup>

명백한 사안은 해석이 필요 없다(In claris non fit interpretatio)”는 입장을 비판하는 연장선상에서, 바락은 법 문언(text)의 의미가 성문화된 법문에 한정되지 않으며 법적 의미를 창출하는 여하한 사회적 행위 역시 법의 문언에 포함된다고까지 설파한다.<sup>198)</sup> 하지만 이는 언어의 통유성을 넘어서는 다소 극단적 성격의 주장이라고 할 수 있다.

유효한 법 문언의 존재를 상정해보자. 문제는 그러한 법 문언에 어떠한 의미를 부여하느냐 하는 것이다. 해석 작업은 법 문언 안에 갇혀 있는 규범의 내용을 형성한다(interpretation shapes the content of the norm "trapped" inside the text). 해석의 대상이 되는 문언은 헌법이나 제정법, 관습법 등과 같이 그 성격이 일반적인 대상을 위한 것일 수도 있고, 계약이나 유언과 같이 개별적 관계의 것일 수도 있다. 그 문언은 명문화된 문언일 수도 있고 묵시적인 문언일 수도 있다. ‘문언(text)’이라는 말은 단순히 명문화

---

197) Aharon Barak, Purposive Interpretation in Law, 2005 p.4

198) Aharon Barak, 전거서(주 179), p.3

된 문언에 한정되지 않고 구두에 의한 발화도 문언일 수 있으며, 법적 규범을 생성시키는 모든 행위가 [해석의 대상이 되는] 문언이다(any behavior that creates a legal norm is a "text").

여기에서 바락이 말하는 ‘문언’은, 본인의 주장을 보다 강조하기 위하여 문언이라는 표현을 사용하였으나 실제로는 정책적 여건 등을 포함하는 것으로 이해함이 적합할 것이다. 다만, 바락(Barak)은 법을 법전법(code)과 제정법(statute)으로 구분하여, 입법적 기획에 따라 상세한 규정으로 이루어진 제정법(statute)에 비하여, 기존의 통용되던 법 규범을 정리한 법전법(code)의 영역에서 법원의 사법재량이 더 크게 인정된다는 관점에서 본다. 이러한 논리의 연장선상에서 바락은 법해석에 있어서 목적주의 관점을 강조한다.

#### 라. 입법자의 의도주의

법해석은 해당 규정의 객관적 목적 내지 기능을 살펴보고, 다른 규정과의 관계 및 체계적 정합성을 고려하여야 한다는 의견도 많다. 예컨대 포즈너(Posner)는 입법 당시의 가치가 법률 해석에 반영되어야 한다는 의도주의를 주장하였다. 문언상 불분명한 입법자의 규율 의도를 추적하여 밝히고, 입법자 의사대로 법을 해석하자는 것이다. 그러나 입법자의 의도를 중시하는 해석 역시 비현실적 전제를 충족해야 한다는 비판을 피하기 힘들다. 의회가 합리적인 단일 행위주체로서 입법적 결정을 내린 것이 아니기 때문이다.

특히, 입법자의 의도 혹은 의회의 의도가 만들어지는 의회가 하나의 단일한 의사결정 주체로 이루어진 것이 아니라 상당히 많은 숫자의 서로 다른 생각을 가지고 있는 의원들로 구성되어 있다는 점 (...) 여러 정치적 고려에 의해 서로 치열하게 다른 의견을 가진 의원들이 상원과 하원에서 복잡다양한 협상과 거래를 통해 통과시킨 법률의 문언에서 읽어낼 수 있는 정확한



‘입법자의 의도’는 과연 무엇인가? 그 입법과 논쟁의 과정을 정리한 의회의 의사록 혹은 속기록에 표현되어 있는 개별 의원들의 진술에 대해서 법률해석의 근거로서 얼마나 높은 가중치를 부여할 것인가?<sup>199)</sup>

입법자의 의도는 파악하기 어렵거나 혹은 존재하지 않는다고 보는 것이 현실에 더욱 가깝다. 입법자의 의도는 얼마든지 특정한 해석 내용을 뒷받침하기 위하여 오역될 수 있고, 입법자의 의도가 잘못되는 경우도 있다<sup>200)</sup>. 정치적 타협과 협상의 과정에서 얻어진 산출물로서 법을 이해하는 것이 더욱 현실적이다. 또한 법의 권위는 입법자의 권위와 혼동될 것이 아니다<sup>201)</sup>. 이러한 상황에서 입법자의 의도를 고려하여 법해석을 하는 것은 잘못된 전제 위에서 논리를 전개하는 일이 될 것이다. 또한 이는 ‘입법자의 의도’라는 가치 지향적이고 주관적인 기준에 따라 법의 의미를 찾으려는 것이므로 엄밀한 의미에서의 법해석이라고 칭하기도 어렵다.

### 3. 법 해석과 법형성의 구분

---

199) 허성욱, 행정재량에 대한 사법심사기준에 관한 소고, p.539

“특히, 입법자의 의도 혹은 의회의 의도가 만들어지는 의회가 하나의 단일한 의사결정 주체로 이루어진 것이 아니라 상당히 많은 숫자의 서로 다른 생각을 가지고 있는 의원들로 구성되어 있다는 점을 고려 (...) 여러 정치적 고려에 의해 서로 치열하게 다른 의견을 가진 의원들이 상원과 하원에 서 복잡다양한 협상과 거래를 통해 통과시킨 법률의 문언에서 읽어낼 수 있는 정확한 ‘입법자의 의도’는 과연 무엇인가? 그 입법과 논쟁의 과정을 정리한 의회의 의사록 혹은 속기록에 표현되어 있는 개별 의원들의 진술에 대해서 법률해석의 근거로서 얼마나 높은 가중치를 부여할 것인가?”

200) “법을 해석하면서 누구에게나 입법자의 의도가 불명확(indeterminate)한 사안을 만나게 되는 경우, 법 제정자가 의도한 바를 통해서 법을 해석하려는 것은 생산적인 결과를 가져오지 못한다. 입법자 역시 실수를 저지를 수 있기 때문에 부당하거나(unjust) 부조리(absurd)한 결과를 가져오는 입법을 의도했을 수도 있다. (...) 또한 해석자는 입법자의 의도가 아마도 어떠한 것이라고 추측함으로써 특정한 내용의 해석을 도출하는 빌미가 될 수도 있다. (Larry Alexander and Emily Sherwin, De-mystifying Legal Reasoning, Cambridge University Press, pp.170-174)”

201) 김혁기, “법해석에 의한 모호성 제거의 불가능성”, 2009년, p.147

“의도주의는 법해석이 개념적으로 입법자의 권위를 존중하는 방향으로 이루어져야 한다고 주장하지만, 법의 권위는 입법자가 없이도 설명가능하다.”

## 가. 앵기쉬의 구분론

이처럼 법문언주의자들의 주장에도 불구하고, 현실에서 문리적 법해석을 넘어서는 법원의 판단이 존재한다는 사실은 법해석에 관한 정교한 이론을 검토할 때 더욱 확실하게 다가온다. ‘법해석’을 이해하는 입장이 다양하기 때문에, 앵기쉬는 법해석을 세 가지로 구분한다. 앵기쉬가 논증 작업을 법률에 따르는 해석(*secundum legem*), 법률을 초월하는 해석(*praeter legem*), 그리고 법률에 반하는 해석(*contra legem*)이라고 구분하면서 비록 ‘해석’이라는 표현을 사용하고 있으나 법률을 ‘초월’하거나 법률에 ‘반하는’ 해석을 법해석이라고 보기는 어려울 것이다.

앵기쉬가 법률을 초월하는 해석이나 법률에 반하는 해석이 가능하다고 정리한 이유는, 해석의 대상인 ‘법’을 상정함에 있어서 반드시 그 해석의 대상이 구체적인 개별 성문법에만 한정된다고 생각하지 않았기 때문이다. 이러한 앵기쉬의 분류 방식은 법해석과 법형성의 유형을 정치하게 구분한 라렌츠(Larenz)와 카나리스(Canaris)의 법학방법론에서도 동일하게 발견된다.

## 나. 법형성의 다양한 유형 분류

법해석의 개념 범주에 관한 이해가 다양하기 때문에, 법학방법론은 법해석(廣義)을 다양하고 정교한 방식으로 구분하고 있으나, 대부분 ‘법 문언의 가능한 의미’를 분기점으로 하여 법해석과 법형성의 경계를 긋는다. 앵기쉬의 구분과 궤를 같이 하는 라렌츠·카나리스(Larenz, Canaris) 역시 법 문언의 가능한 의미’를 분기점으로 하여 법원의 논증을 법해석과 법형성으로 구분한다.

즉, 라렌츠와 카나리스는 판결을 통한 ‘법형성(Rechtsbildung)’을 크게 네 가지로 분류하였다. ①문제사안을 규율하기 위해서 법의 지도이념 내

지는 정의와 같은 법 원리를 논거로 활용하는 결정, ②문제사안에 적용할 법규가 명시적으로는 없으나 사안의 유사성을 들어서 유비추론 방식을 적용하는 결정, ③마찬가지로 구체적 규범이 없기는 하지만 법원이 관련성이 있는 규범을 구체적으로 보완하여 상술하는 규범구체화 결정, ④법의 목적을 들어서 성문법이 말하는 내용을 축소(목적론적 제한)하거나 확장(목적론적 의제)하는 해석 등이 있다.

법률내재적 법형성은 문언의 가능한 한계를 벗어나기는 하였으나, 법률의 목적론적 범위 내에서 방법론적으로 도출된 법형성이다. 즉. 법률의 문언에 명시적으로 드러나 있지는 않지만 법률의 체계적 정합성 등을 고려할 때 그러한 결론을 도출하는 논증이 가능한 내용이며, 협의의 흄결보충 사안으로 분류되는 사안에서 법률 내재적 법형성에 따라서 결론을 도출할 수 있다. 그에 반하여 초법률적 법형성과 법률에 반하는 법형성은 법률의 체계적 정합성을 검토하더라도 그러한 결론이 논증을 통해서 특정하게 도출되지는 않는 경우이다. 초법률적 법형성은 법률 내재적 법형성의 범위를 넘어서는 법형성이다.

[ 표 3-2 : 법해석과 법형성의 구분 ]

<b>법해석</b>	법문언의 가능한 의미(한계) 내에서 법 적용
<b>법률내재적 법형성</b>	법률의 목적론적 범위 내에서 방법론적으로 도출된 법 형성, 협의의 흄결보충
<b>초법률적 법형성</b>	전체 법질서에 따라, 법의 지도적 원리에 따라서 행해지는 법 형성
<b>법에 반하는 법형성</b>	개별 법률에는 반하지만 법질서에는 반하지 않는 법 형성

초법률적 법형성은 개별 법률을 뛰어넘지만 전체 법질서의 범위 내에서 머무르는 법형성이다. 초법률적 법형성이 법을 파괴하지 않는 것은 법의 지도적 원리의 범위 내에서 행해지기 때문이다. 초법률적 법형성은 법

를 그 자체에서만 도출되는 것이 아니며, 법질서 전체의 의미를 살펴볼 때 도출될 수 있다.

라렌츠·카나리스(Larenz·Canaris)가 상술한 법형성(Rechtsbildung)의 의의는, 사법부의 논증 과정이 현행법에서 답을 찾는 협의의 법해석이라는 연역적 논증으로만 이루어지는 것이 아님을 보여준다. 다만 라렌츠와 카나리스의 이론에서 특기할 점은, 초법률적 법형성이나 법률에 반하는 법형성 모두 자의적 판단과는 달리한다는 점이다. 초법률적 법형성은, ‘전체 법질서의 범위 내에 있거나 그 지도적 원리의 범위 내에서 행해진 법형성’이며, 법률에 반하는 법형성 역시 특정 법률에는 위반되나 법질서 전반을 고려할 때 인정될 수 있는 법형성이다. 법률 문언의 가능한 범위를 뛰어넘는 법형성에 해당하며 법률내재적인 법형성도 아닌, 초법률적 법형성이 인정되기 위해서는 중요한 근거가 제시되어야 한다.

초법률적 법형성을 위하여 Larenz·Canaris가 제시한 방법은, ‘법원리에 따른 법형성(법질서에 내재한 원리들에 따른 법형성)’, ‘유추(사안의 유사성)’에 의하거나 ‘목적론적 축소’에 의한 법형성, 또는 ‘사물의 본성’에 따르거나 규범 구체화를 하는 법형성이어야 한다는 점이다.

#### 다. 법형성 근거이자 한계: 법의 흠결

라렌츠와 카나리스가 정리한 방법론의 성과는, 법의 ‘흠결’이 어떠한가에 따라서 법해석과 법형성을 상세하게 구분할 수 있다는 점이다. 법형성 개념의 구분은 라렌츠와 카나리스가 구분하는 법률 흠결의 구분과 함께 한다. 라렌츠와 카나리스가 강조한 흠결 개념의 중요한 의미는, 법률이 ‘흠결’을 지적하는 곳에서만 법관에게 법형성의 권능을 부여하고자 하는 것이다<sup>202)</sup>. 법형성의 이유와 근거로서 흠결이 제시되고 있으며, 흠결은 법형성의 발동 요건이 된다. 흠결의 내용이 어떠한가에 따라 그에

---

202) 흠결으로 인하여 법원의 법형성을 인정하지만, 역으로 법원이 형성의 권능을 더욱 더 넓게 하면 이는 흠결 개념을 더욱 확장하는 결과를 가져온다.

적합한 범형성을 수행해야 한다는 기능적 한계 속에서 법관은 장래효적으로 범형성 판결을 내릴 권능이 주어져 있다.

범결을 크게 분류하면, ‘드러난(개방적·명시적) 범결’과 ‘숨겨진(은폐된) 범결’이 있다.<sup>203)</sup> 개방된 범결은, 법률이 (그 자신의 목적론에 따라서 규칙을 포함해야 됨에도 불구하고) 특정한 일군의 사안에 대하여 적용할 수 있는 규칙을 가지고 있지 않는 경우이다. ‘은폐된’ 범결이 존재하는 경우는, 법률이 문제사안에 적용될 수 있는 규칙을 포함하고 있는 것은 당연하지만, 해당 규칙이 그 의미와 목적에 따라서 문제사안에 적용되는 것이 적합하지 않을 때이다<sup>204)</sup>.

범결 개념은 범형성의 단초가 되면서 동시에 범형성의 가능한 한계를 지우는 역할을 한다. 법의 범결을 체계적으로 연구한 라렌츠·카나리스는 범결의 구분에 따라 각각의 경우 법원이 어떻게 대응하는 것이 적합한 것인지도 설명한다. 라렌츠·카나리스는 명시적 범결의 경우에는 ‘유추’에 의하여 보충하고 은폐된 범결의 경우에는 ‘목적론적 축소’에 의하여 범결을 보충할 수 있다고 말한다. 그러나 ‘은폐된 범범결’의 개념을 통해서 범형성의 범위를 지나치게 확장하는 것에 대해서 비판의 목소리가 존재한다.<sup>205)</sup>

## 라. 법해석과 범형성의 관계

---

203) 이는 ‘시원적’ 범결과 ‘후발적’ 범결로도 옮길 수 있다. (독일어 원어로 표기)

204) 왜냐하면 규칙은 그와 같은 일군의 사안에 대한 평가에 있어서 중요한 특수성을 고려하지 않기 때문이다.

205) 양천수, 법률에 반하는 범형성의 정당화 가능성, (p.116)

“그러나 필자는 은폐된 범결 개념을 도입함으로써 범형성의 인정범위를 확장하는 논증방식은 적절하지 않다고 생각한다. 물론 이를 인정함으로써 범형성의 허용범위를 법률에 반하는 범형성까지 확장하는 것에 대해서는 결과라는 측면에서는 동의한다. 아래에서 살펴보는 것처럼, 필자 역시 일정한 범위 안에서는 법률에 반하는 범형성 역시 정당화할 수 있다고 보기 때문이다. 그러나 이는 은폐된 범결 개념이 아닌 다른 논증방식을 사용함으로써 실현하는 것이 더욱 적절하다고 생각한다. 범결개념을 이렇게 확장하면, 법률보충적 범형성과 법률에 반하는 범형성 사이에 존재하는 규범적 차이가 희석될 뿐만 아니라, 범형성을 이렇게 구분함으로써 달성하고자 하는 법관의 법률구속이념 역시 침해될 수 있기 때문이다. 범결 개념을 과도하게 확장하게 되면, 궁극적으로는 입법작용과 사법작용의 기능적 차이 역시 사라질 수 있다.”

세밀한 분류에도 불구하고, 라렌츠와 카나리스는 법해석과 법형성을 본질적인 것으로 이해하지 않았다. 법해석과 법형성 양자는 정도의 차이는 있으나 본질적으로 동일한 사고과정으로 분석된다.

“법해석과 법형성은 동일한 사고과정이며 다만 상호 자리하고 있는 그 단계가 다른 것이다. 해석에 내포된 본질적 주관성 때문에, 모든 해석은 - 물론, 그 정도의 차이는 있지만 - 해석 주체의 창조적 작용이다. 해석 주체의 창조적 속성은 이미 단순한 해석을 할 때조차도 원칙적으로 존재한다. 다만, 협의의 해석의 한계를 벗어나는 법 형성에 있어서는 그러한 주체의 창조적 부분이 증대한다. 그리고 해석은 개방된 법 형성 과정 속에서 중단 없이 지속된다.”<sup>206)</sup>

라렌츠와 카나리스는 광의의 법해석을 협의의 법해석과 세분화된 법형성으로 구분하였으나, 법관의 법형성을 법해석의 연장선상에 있는 것으로 보고 인정하였다.

“법 해석은 협의의 법 해석과 광의의 법 해석으로 구분할 수 있는데, 협의의 법 해석의 한계는 ‘법 문언의 가능한 의미’이다. 법 문언의 가능한 의미라는 법 해석의 한계를 넘어서는 경우, 이는 더 이상 법 해석이 아니라 법관의 법 형성으로 본다. 예컨대, 판례에 의하여 (기존과 달리) 변경된 해석은 사실상의 법 형성을 의미한다. 법원이 문언의 가능한 의미에 따라 여러 법률 규범들 중 하나를 문제사안에 적용하기에 적정한 것으로 확인하고, 그를 통해 해당 결정 이전에 존재하던 불확정성을 제거하는 경우, 이를 법 규범의 ‘형성(Fortbildung)’이라고 할 수 있다.”<sup>207)</sup>

Larenz와 Canaris는 모든 해석은 -비록 정도의 차이는 있지만 - 해석 주체의 창조적 작용이며, 해석에 내포된 본질적 주관성이 있음을 인정한다. 해석 주체의 창조적 부분은 이미 단순한 해석을 함에 있어서도 원칙

---

206) 라렌츠, 카나리스(Larenz, Canaris) 著, 허일태 譯, 『법학방법론(Emthodenlehre der Rechtswissenschaft)』, 2000

207) Larenz, Canaris, 전거서(주 189)

적으로 존재하기 때문에 기계적으로 자동화된 해석은 불가능하다는 것이다.

이처럼 “한편으로 법 발견과 법형성에는 동일한 기준들이 작동할 뿐만 아니라, 해석에는 법관이 가치 관련적이고 창조적인 활동이 개입할 수밖에 없어 과연 어느 범위까지가 가능한 의미의 폭인가를 구체적으로 확정할 수 없다는 것<sup>208)</sup>”은 법학방법론을 연구하는 여러 학자가 지적한다.

#### 4. 법형성의 의미

이 연구에서는 정확한 전달을 위하여 향후 이 글의 논의에서 사용되는 법형성을, “법원이 판결의 이유를 근거지우는 논증(legal reason)에서 법명제를 단순하게 적용하는 논리 연역적인 사고과정에 의하지 않는 논증방식”으로 정리한다. 법적 문제에 관한 결정은 반드시 논리적으로 정제된 이유와 합당한 근거가 있어야 한다. 다만 그 결정의 논거가 순수한 법해석 과정에 의해서 도출되지 않는 경우도 존재한다.

법형성의 개념은 문맥에 따라 다양한 의미로 사용하고 있기 때문에, ‘법형성’이라는 정확한 어의(語義)를 검토할 필요가 있다. 법형성은 문제사안에 적합한 결정을 산출함에 있어서 법해석에만 의거해서는 법원이 그 소임을 다하지 못하는 상황이 종종 발생하기 때문이다. 이 경우 법원은 법형성적 판결을 내리는데, 이러한 법형성 판결에 있어서 논리적 논거 외에도 사회적·정책적 논거가 동원된다.

즉, 향후 논의에서 법형성은 ①실정법에 따라서는 명확한 결론이 도출되지 않는 경우, ②실정법에 따라서 명확한 결론이 도출되지만 그 결론을 수용하기 어려운 경우(부정의한 결론, 혹은 비효율적 결론)를 의미한다. 논변의 경제성을 위하여, 법원이 불확정 사안에 관한 발화(發話)하는 경우와, 법문언의 가능한 의미로부터 이탈(법률에 반하는 해석<sup>209)</sup>)하는

208) 김영환, “한국에서의 법학방법론의 문제점”, 2015

209) 사실상 ‘법률에 반하는 법해석’이라는 표현은 - 비록 보편적으로 사용되는 표현이긴 하나 - 그 자체로 모순이 많다고 본다. ‘법해석’이란 표현의 정확한 의미

결정을 내리는 경우를 ‘법형성’이라고 묶을 수 있겠다. 이러한 법형성 판결은 ‘법관법’으로도 이해될 수 있다.

“법관의 법형성이 이루어지거나, 혹은 일반조항이나 불확정조항의 구체화와 함께 다른 사안들에도 적용될 수 있는 법리의 형성이 있게 되면, 우리는 이를 법관법이라고 부르는 경향이 있다. 혹자는 법률의 통상적 조항들에 대한 해석가능성에 여러 가지 가능성이 있을 때 이 주 하나의 법리를 법원이 구체화해 내고 이후의 판결에서도 해당 법리가 적용될 때 이를 법관법이라고 부르는 이도 존재한다.<sup>210)</sup>”

①과 ②의 법형성을, ‘법률보충적 법형성<sup>211)</sup>’과 ‘법률에 반하는 법형성 (contra legem)’으로 구분할 수도 있을 것이다<sup>212)</sup>. 법원이 문제사안의 해결을 위하여 법리를 ‘형성’하는 것은 성문법이 ‘침묵하고 있는 비어있는 공간에 구체적 기준을 채워 넣어야<sup>213)</sup>’ 판단이 가능한 경우이거나(불확

---

는 문자 그대로 ‘법률을 풀이하는 것’이다. 하지만 그럼에도 불구하고 법원의 법형성적 판결을 두고, ‘법률에 반하는 법해석’이라는 모순적인 표현을 사용하는 것은, 법형성의 부담감으로 인하여 안존(安存)을 찾는 표현인 것이 아닌가 한다.

210) 이계일, 판결의 법산출성을 강조하는 법이론의 입장에서 본 법관법: 에썬, 피켄 처, 필러를 중심으로, p.6

211) 양천수, 법률에 반하는 법형성의 정당화 가능성, p.117

“법률보충적 법형성은 입법자에 종속적이면서 입법자의 의사를 더욱 완전하게 만들고자 한다. 이 점에서 법률보충적 법형성은 ‘법률내재적’이다. 큰 틀에서 보면, 법관의 법률구속이념에 충실하다고 말할 수 있다. 이 점에서 법률보충적 법형성은 학설과 판례에 의해 폭넓게 지지된다.

이 뿐만 아니라 법률보충적 법형성은 실정법을 통해서도 정당화된다. 이를테면 ‘법원’ 규정인 민법 제1조는 “민사에 관하여 법률에 규정이 없으면 관습법에 의하고 관습법이 없으면 조리에 의한다”고 함으로써 민사법규범에 흠결이 있는 경우에는 조리를 원용해 이를 보충할 것을 명령하고 있기 때문이다. 이는 민사법관에서 법률보충적 법형성에 대한 권한을 부여하고 있는 것이다.”

212) 양천수, 법률에 반하는 법형성의 정당화 가능성, p.114

“법형성은 법률보충적 법형성과 법률에 반하는 법형성으로 구분된다. 그러나 사실 이렇게 법형성이 두 유형으로 언제나 명확하게 구분되는 것은 아니다. 구체적인 상황에서는 해당 법형성이 법률보충적 법형성인지, 아니면 법률에 반하는 법형성인지를 명확하게 구분하기 어려운 경우도 존재한다. 그 이유는 법형성과 밀접한 관련을 맺는 흠결 개념 자체가 명확한 것만은 아니기 때문이다.”

213) 법원이 법규범이 구체적으로 존재하지 않는 영역에서 구체적 사안에 적합한 결정을 내리기 위하여 보충법리를 형성하는 경우도 있다. 이러한 규범 형성적 판례의 대표적인 예로서 ‘위험에의 접근 이론(서울중앙지법 2015.9.25.선고, 2013가합



정 상황), 혹은 성문법이 특정한 결론을 지시하고 있으나 문언 그대로 적용하였을 때 지나치게 가혹한 결과가 되는 것을 우려하여 법 규정을 그대로 따를 수 없는 경우이다.

엄격한 법해석에만 의존하여서는 사법 기능이 정지될 수밖에 없는 사안에서 법원은 종합적 사고를 통하여 구체적 사안에 적합한 규범을 현출하고 있다. 법체계 내부의 자료를 활용한 순수 연역적 논증만을 통해서 결정이 산출되지 않는 경우, 해당 사안을 규율하는 법원의 결정은 정책적 결정의 성격을 지니고 있다. 그리고 정책적 결정의 결과물로서 산출되는 것은 법원의 ‘법형성’ 판결이다. 법원이 법형성 판결을 내리는 경우, 이는 순수하게 법적인 논증으로만 구성되었다고 보기 어렵다.

법형성 판결이 산출되는 경우에는 법적 논증이 범주화와 연역적 과정을 통해서 법적 효과를 도출하는 순서로 법적 사고가 진행되는 것이 아니라, 제반 요소를 총체적으로 고려하여(all things considered) 구체적 정의와 형평에 맞는 합당한 결론을 내리게 된다. 이를 앞서 정리한 법해석 및 법형성을 구분한 기준 틀에 따르면, 법률 문언을 넘어선 해석 내지 법형성이라고 할 수 있다.

이와 같이 법형성 판결은, 법원이 논증에서 활용한 자원이 무엇인가 - 현행 실정법규범에 한정되는가, 그 이외의 자원들도 있는가 - 여부와, 논증을 구성하는 방식 - 큰 것에서 작은 것을 끌어내는 논리연역적 방식인가, 사안과 관련된 제반 사정을 종합적으로 고려하는 방식인가 - 에 따라서 법해석 판결과 차별화된다.

---

505176·2014가합580594 등)’을 들 수 있다.

## 제 2 절 법원의 논증과 사법재량

### 제1항 ‘법 문언’의 가변성

#### 1. 언어의 모호함과 법의 불확정성

법문언이 선명한 하나의 의미를 뚜렷하게 지시하지 않는 경우, 법관이 유일한 정답을 찾기는 쉬운 일이 아니다. 법이 상호 충돌하는 경우도 있으며 법이 무엇을 말하는지 모호한 경우도 있다. 하지만 이를 다른 관점에서 볼 때 사안을 담당하는 법관은 운신의 폭, 재량을 행사할 수 있게 된다. 법문언의 의미가 단 하나로 수렴되지 않는 경우, 여러 가능한 의미의 범주 내에서 적합한 의미를 선택하여 결정을 도출할 수 있기 때문이다.

예컨대 ‘불확정 개념’은 법원의 논증(reasoning)작업을 통해서 그 의미가 구체화된다. ‘불확정개념’은 법규범의 일반·추상성이 더욱 두드러짐으로써 여러 가지 기능을 수행한다. ‘불확정개념’의 의의는 여러 측면에서 분석될 수 있다. 법의 침묵, 한 사안에 적용될 수 있는 상호 충돌하는 경쟁적 관계의 여러 법규범의 존재, 그리고 언어의 모호<sup>214)</sup>한 경계선(borderline<sup>215)</sup>) 등이 불확정성을 야기한다. 그 중 중요한 일축(一軸)은 ‘불확정개념’을 통해서 법의 변화 혹은 변용이 가능하다는 것이다.

법의 불확정성(indeterminacy)<sup>216)</sup>이 발생하는 이유는 다양하다<sup>217)</sup>. 이

214) 이른바 ‘공원 내에 탈것의 진입 금지(no vehicle in the park)’ 사례가 대표적이다. 어디까지를 ‘탈 것’의 개념 범주로 보아야 하는지가 문제된다.

215) Hart, Concept of Law, p.123

216) 법의 불확정성이 반드시 법의 흠결 때문만은 아니다. 법의 불확정성과 법의 흠결 개념을 함께 살펴보면, 법의 불확정성 개념이 보다 명확하게 확인 가능하다. Kelsen은 법의 불확정성은 인정하지만 법의 흠결은 부정한다. Kelsen은 법이 불확정적이라고 하더라도 유효한 법질서를 적용할 수 있다면 이는 법의 흠결이 아니라고 보았다.

217) 김혁기, “법해석에 의한 모호성 제거의 불가능성”, 2009, p.131

“법이 충돌할 뿐만 아니라 충돌하는 규범들이 제시하는 법적 근거의 가치가 통약불가

경우 법적 불확정성은 하트(Hart)가 강조하는 것처럼 법의 언어적 성질에서 비롯되는 경우도 있지만, 추상성이 강하고 다층적인 강한 법 고유의 특성에서 비롯되기도 한다.

불확정개념을 다루는 법원은 ‘해석의 폭’이 넓어지면서 그와 함께 사법의 재량영역이 증대한다. 사법부는 근대적 권력분립 이론에 따라서 법의 해석 기능을 부여받았으나 그 실질에 있어서도 사법재량을 통해 법을 확인하고 형성하는 기능을 수행한다. 법의 모호성과 사법재량에 관하여, 사법의 불확정성과 법규범의 모호성은 사법재량의 크기와 연계된다는 연구(김혁기, 2009)는 다음과 같은 결론을 내린다.

“모호성은 사법재량의 문제를 진지하게 고민할 필요가 있음을 시사한다. 대개의 법이론은 법이 부분적으로 불확정적임을 인정한다. 법규범은 일반적이거나 추상적이어서, 구체적 사안에서는 조금의 불확정성을 감수할 수밖에 없다는 것이다. 그런 관점에 서면, 사법재량은 사소한 필요악에 불과하다. 사법재량이 법치에 반한다고 인정하면서도, 법관의 직관이나 재량을 크게 염려하지 않는 것은 재량 영역이 매우 협소하다는 믿음에 기초한다. 그러나 법은 광범위하게 모호하며, 따라서 사법은 불확정적 사안을 다루게 될 가능성이 크다. 모호성은 도덕적 추상적 규범표지에 한정되지 않으며 경험적 기술적 규범표지에서도 나타나기 때문에, 사실상 거의 모든 법적 개념들은 모호하다. 모호성은 본정상 사실 관계에 대한 정보가 주어진다고 해서 감소되지 않으므로 선례나 입법과 같은 법 제정행위를 통해 약정적으로 제거하기도 곤란하다. 오히려 규정이 모호할 때에만 다양한 사안들을 규율할 수 있다는 점에서 모호성은 법에 필연적이고 바람직한 측면이 있다. 무엇보다, 재판에까지 이른 사안들은

---

능(incommensurable)할 때만 법은 불확정적이다. 가치의 통약불가능성은 한 가치가 다른 가치보다 우월하다는 명제의 모호성 문제로 이해할 수 있다. 예를 들어, 표현의 자유와 명예보호 간에 통약불가능성은 ‘표현의 자유가 명예의 보호보다 중요하다’는 명제를 적용하기 어려운 사안이 있다는 말로 표현할 수 있다.

충돌과 반대로, 법의 공백은 법규범이 빈약할 때 발생한다. 특히 다른 연원과 달리 법의 공백에서는 아예 법규범이 존재하지 않기 때문에, 불확정성이 더 두드러져 보인다. 그러나 공백은 법체계가 발전하여 법규범이 증가할수록 감소할 가능성이 크다. 또한 법이 부재하는 영역에서는 개인의 자유를 보장하는 것이 자유주의 정신에 부합한다는 점에서, 공백이란 관념을 인정하는 것 자체가 부적절한 측면에 있다.

주로 경계 사례일 것이므로, 사법에서의 불확정성은 더욱 심각할 것이다. 결과적으로 모호성은 사법재량의 광범성을 주장할 근거가 된다<sup>218)</sup>.

법관은 법이 하나의 결론을 완결적으로 지시하지 않는 경우에도 법적 결정을 내려야 한다<sup>219)</sup>. 법의 불확정성(legal indeterminacy)은 양면성이 있는데, 법규범 자체로는 특정한 법적 결론을 완결적으로 만들어내지 못하기 때문에 법적 문제가 어떻게 해결될 것인지에 관한 예측가능성이 저해됨으로 인하여 법적 안정성이 취약해지는 문제가 있는 반면에, 다양한 문제사안에 보다 능동적으로 대처할 수 있다는 장점도 있다. 다음의 분석처럼 “법적 결론에 탄력성을 부여하고, 사회 현실의 변화에 따른 법의 성장을 돕는 긍정적 측면”이다.

법이 확정적이라는 말은 법적 물음에 대해 유일한 해답이 주어져 있음을 뜻한다. 즉 어떤 사안에 관하여 법이 오직 하나의 결론을 지시할 때 법은 확정적이다. 이와 달리 법이 불확정적이며, 법적 결론의 선택은 법이 아닌 다른 무엇에 근거하게 된다. 따라서 불확정성은 법의 자율성과 독립성을 의심하게 만들고, 나아가 법이 행위 기준의 역할을 감당하기 위해 지녀야 할 안정성과 확실성을 저하시키며, 법관의 자의를 허용함으로써 법치를 훼손할 수 있다. 법의 불확정성이 확정성의 결여라는 부정적 가치만 갖는 것은 아니다. 불확정성은 구체적 사안의 법적 결론에 탄력성을 부여하고, 사회 현실의 변화에 따른 법의 성장을 돕는 긍정적 측면도 지닌다.<sup>220)</sup>

법관이 법적 결정(legal decision making)을 산출해내는 과정에 있어서

---

218) 김혁기, “법해석에 의한 모호성 제거의 불가능성”, p.136

219) 김혁기, 2009, “법의 불확정성 연구”, 서울대학교 법학박사 학위논문, p.185

불확정성이 법의 정당성에 결부되는 일차적인 원인은 불확정적 사안의 판단이 법이 아닌 법관에게 맡겨진다는 사실이다. 법관의 근본 역할은 자기가 맡은 분쟁에 유관한 법을 발견하고 적용하는 것이다. 그런데 법이 사안의 유일한 결론을 지시하지 못하는 경우에도 법관은 판결을 회피하거나 새로이 입법이 되기까지 무한정 기다릴 수 없다. 법관은 자신의 판단에 의존해서 결정해야만 한다. 불확정적인 사안의 판단은 법관에게 결과에 구속되지 않고 선택할 권한이 부여된다는 점에서 재량적(discretionary)이다. 재량의 행사는 법에 반하는 판결[은] 아니지만 법을 새로이 만드는 것에 가깝다.

220) 김혁기, 법의 불확정성 연구, 서울대학교 법학박사 학위논문, p.1

하나의 준거 규범에 의존하여 단일한 정답을 찾기 어려운 법의 불확정성은 치밀하게 제정법이 발달한 분야이건 법원이 틈새 입법을 하는 보통법 분야이건 항상 풀어야 하는 도전으로 존재한다.<sup>221)</sup>

## 2. ‘법 문언의 의미’의 의미

법률 문언 그 자체는 정확한 의미를 추출하기 위해서 논증이 필요한 예비규범이다. 법원은 논증을 통해 법의 내용을 확인함으로써 법규범을 반복·재생산을 통해서 동일한 규범적 실질을 유지할 수도 있고, 법형성적 판결을 통해 입법부의 개폐(改廢) 작업이 없어도 법의 내용을 실제적으로 변화시킬 수 있다.

법원이 논증과 판결을 거쳐서 규범 내용의 실질적 변화를 가져올 수 있는 것은 법의 불확정성에서 일부 기인한다. 법문언의 지시가 완벽하게 확정적이라면 법원의 논증이 특별한 의미를 산출하지 못 한다. 그러나 일반 추상적인 법률은 구체적으로 그 의미를 규명하는 작업, 그리고 불확정적인 영역에 대하여 법원으로 하여금 그 틈새를 메우는 작업을 요청하게 된다.

하트(Hart)에 따르면, 언어의 속성상 법적 개념은 불확정적 영역을 필수적으로 가진다. 법 언어는, 확실한 핵심(core of certainty)과 의심스러운 주변(penumbra of doubt)으로 구성되어 있으며, 주변부에서 불확정성 문제가 발생한다. 하트는 의미의 핵심(core)과 주변(penumbra)을 구별하며, 언어 자체에 내재한 불명확성으로 인해 어떠한 법 개념도 의미의 주변으로부터 자유로울 수는 없다고 말한다. 쟁론의 대상이 되는 사안이 해당 언어의 주변부(penumbra)에 해당하는 경우에는 의미의 모호함과 불확정성으로 인하여 법관은 법해석에만 의거한 판단을 내리기 곤란하

---

221) 불확정성 문제의 요체는 법적 결론을 확정적·완결적으로 찾기 어렵다는 것이 요체이기 때문에, 법의 불확정성은 제정법 분야인가 보통법 분야인가에 따라서 어느 정도 차이는 있을 수 있지만 어떠한 곳이나 상존하는 문제라고 할 것이다.

다.

법언어의 모호성은 일반적 대상을 예정한 법률만이 아니라, 당사자들의 상호합의 하에 작성된 약정의 경우에도 문언의 명확한 의미 확정을 위하여 법원의 판단을 요청하게 만든다. 예컨대 퇴사 근로자가 이전의 회사와 맺었던 경업금지약정에서의 ‘보호할 가치있는 사용자의 이익’과 같이 모호한 문구는 당사자의 서로 다른 이해로 인하여 의미 확정을 위한 법원의 개입을 필요로 한다.<sup>222)</sup>

법의 언어가 모호하면 모호할수록, 법관은 3단 논법의 연역적 과정으로 판단을 내리는 것이 아니라, 여러 가능한 대안 중에서 어느 하나를 선택하는 사법재량을 행사하게 된다.

일견 빅스(Bix)의 비판처럼 하트는 언어와 법의 문제를 구별하지 않는 맹점<sup>223)</sup>도 일부 보이고 있으나, 법이 불확정적이거나 불완전하여 규율이 어려운 사안의 경우, 해당 사건을 담당하는 법관들은 필연적으로 법 창설적 재량을 행사한다는 하트의 주장은 현실적이다.

언어분석과 법리학의 관계를 완전하게 분리하기는 어려우나 법학 고유의 문제로 불확정성을 살피자면, 법의 불확정성을 ‘언어적’ 불확정성에서 파생되는 불확정성이 아니라 법 고유의 ‘규범적 불확정성’에 보다 중점을 둘 필요가 있다. 이러한 법의 규범적 불확정성은 법의 흠결 때문이기도 하지만 법의 흠결이 없는 경우에도, 법 자체의 다층성과 모호성 때문에 법의 불확정성이 발생하는 경우도 많다.

하트가 말하는 언어의 모호함은 법문언에 가장 엄격한 접근을 취하는 형법 분야에서도 관찰된다. 우리나라 판례에서 법문언에서 사용된 언어

---

222) 대법원 2010.3.11. 선고 2009다82244 판결 요지

: “사용자와 근로자 사이에 경업금지약정이 존재한다고 하더라도, 그와 같은 약정이 헌법상 보장된 근로자의 직업선택의 자유와 근로권 등을 과도하게 제한하거나 자유로운 경쟁을 지나치게 제한하는 경우에는 민법 제103조에 정한 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는 법률행위로서 무효라고 보아야 하며, 이와 같은 경업금지약정의 유효성에 관한 판단은 보호할 가치 있는 사용자의 이익, 근로자의 퇴직 전 지위, 경업 제한의 기간·지역 및 대상 직종, 근로자에 대한 대가의 제공 유무, 근로자의 퇴직 경위, 공공의 이익 및 기타 사정 등을 종합적으로 고려(…)”

223) Bix, Law, Language, and Legal Determinacy

의 모호함이 핵심 쟁점이 된 대표적 사안을 고르자면, 과수원 실화사건에서 ‘자기 소유의 물건’에 관한 형법 제170조제2항<sup>224)</sup>의 정확한 의미 해석에 관한 대법원 94모32 판결이 있다.

대법원 전원합의체 다수의견은 ‘자기의 소유에 속하는 제166조 또는 제167조에 기재한 물건’이라는 법조항을 해석함에 있어서, 관련 조문을 전체적·종합적으로 해석하는 방법을 취한다. 다수의견은, 법해석은 관련 조문을 전체적, 종합적으로 해석하는 것이므로 낱말의 법조항 하나에만 국한하여 그 의미를 밝히기 보다는 형법 관련 조문을 전반적으로 보고 합리적 의미를 부여하는 것이라고 보았다. 그에 따라 해당 조문을 ‘자기의 소유에 속하는 제166조에 기재한 물건 또는 자기의 소유에 속하든, 타인의 소유에 속하든 불문하고 제167조에 기재한 물건’을 의미하는 것이라고 새겨야 한다고 결정하였다<sup>225)</sup>.

이에 반하여 반대의견은 법해석은 법 언어의 정확한 문리해석에 기초해야 함을 강조하였다. 반대의견은 해당 조문을 ‘자기의 소유에 속하는 제166조에 기재한 물건 또는 제167조에 기재한 물건’으로 해석하는 것이 타당하다고 주장하였다<sup>226)</sup>.

---

224) 형법 제170조(실화) ②과실로 인하여 자기의 소유에 속하는 제166조 또는 제167조에 기재한 물건을 소훼하여 공공의 위험을 발생하게 한 자도 전항의 형과 같다.

225) 대법원 1994.12.20. 자 94모32 전원합의체 결정

[다수의견] 형법 제170조 제2항에서 말하는 ‘자기의 소유에 속하는 제166조 또는 제167조에 기재한 물건’이라 함은 ‘자기의 소유에 속하는 제166조에 기재한 물건 또는 자기의 소유에 속하든, 타인의 소유에 속하든 불문하고 제167조에 기재한 물건’을 의미하는 것이라고 해석하여야 하며, 제170조 제1항과 제2항의 관계로 보아서도 제166조에 기재한 물건(일반건조물 등) 중 타인의 소유에 속하는 것에 관하여는 제1항에서 규정하고 있기 때문에 제2항에서는 그중 자기의 소유에 속하는 것에 관하여 규정하고, 제167조에 기재한 물건에 관하여는 소유의 귀속을 불문하고 그 대상으로 삼아 규정하고 있는 것이라고 봄이 관련조문을 전체적, 종합적으로 해석하는 방법일 것이고, 이렇게 해석한다고 하더라도 그것이 법규정의 가능한 의미를 벗어나 법형성이나 법창조행위에 이른 것이라고는 할 수 없어 죄형법정주의의 원칙상 금지되는 유추해석이나 확장해석에 해당한다고 볼 수는 없을 것이다.

226) 대법원 1994.12.20. 자 94모32 전원합의체 결정

[반대의견] 형법 제170조 제2항은 명백히 ‘자기의 소유에 속하는 제166조 또는 제167조에 기재한 물건’이라고 되어 있을 뿐 ‘자기의 소유에 속하는 제166조에 기재한 물건 또는 제167조에 기재한 물건’이라고는 되어 있지 아니하므로, 우리말의 보통의 표

## 제2항 형식과 실질의 긴장

### 1. 형식과 실질

#### 가. 적합한 의미

이처럼 우리나라 법원이 사안에 따라 법문언의 ‘축소지향적’ 해석과 ‘확장지향적’ 해석의 모습을 번갈아가며 보이는 것은 - 그리고 언어의 개념을 재정의 함으로서 실제로는 법원이 해당 법조항을 새롭게 써내려간 것과 다름없는 결정을 내리는 것은 - 법원이 법률해석에 있어서 단순한 언어의 의미 외에도 여러 다양한 요소를 종합적으로 고려하고 있음을 시사한다.

우리나라 판례에서 관찰되는 모습은, 법해석은 법의 이미 주어진 진정한(true) 의미를 찾는 것이 아니라 해석 주체가 ‘적합한(proper)’ 의미를 찾는 것이라고 강조하는 바락(Barak)이 설명은 목적론적 해석의 단면을 두드러지게 드러낸다. 경우에 따라서 바락이 말하는 목적론적 해석방법의 현실적 설명력이 뛰어날 수도 있으나, 다음의 예문과 같은 법해석 방법이 보편적인 ‘법해석’의 모습은 아닐 것이다.

“법 문언이 진정하게(truly) 의미하는 바가 무엇인지를 발견하려는 법학자들의 노력은 헛된 수고이다. 법 문언의 참된 의미는 없다(A text has no “true” meaning). (...) 우리의 이해는 모두 해석의 소산이다. 우리가 어떤 텍스트를 접할 때 반드시 해석이 매개되기 때문이다. 해석을 거치지 않은 선험적 이해는 없다. (...) 우리는 법 문언의 ‘진정한’ 의미 대신, ‘적합한’ 의미(“proper” meaning)를 찾으려고 해야 한다.<sup>227)</sup>”

---

현방법으로는 ‘자기의 소유에 속하는’이라는 말은 ‘제166조 또는 제167조에 기재한 물건’을 한꺼번에 수식하는 것으로 볼 수밖에 없고, 같은 규정이 ‘자기의 소유에 속하는 제166조에 기재한 물건 또는, 아무런 제한이 따르지 않는 단순한, 제167조에 기재한 물건’을 뜻하는 것으로 볼 수는 없다.

227) Aharon Barak, Purposive Interpretation in Law, p.9



상기 검토한 예시 사례들은 사법재량의 행사와 그로 인한 법형성의 불가피한 측면이 있음을 드러낸다. 우리나라 법원은 법문언의 의미를 풀이함에 있어서 구체적 사안의 맥락과 배경에 적합한 ‘종합적 고찰’의 방식으로 접근하고 있으며, ‘법의 해석’만이 아니라 ‘법률행위’의 해석에 있어서도 ‘사회 통념’에 따라서 종합적인 판단을 내리라는 법원의 입장은 마찬가지이다<sup>228)</sup>. 법률행위를 해석함에 있어서 “사회정의와 형평의 이념에 맞도록 논리와 경험의 법칙, 그리고 사회 일반의 상식과 거래의 통념에 따라 합리적으로 해석”한다고 밝히고 있다<sup>229)</sup>.

그러나 이러한 목적론적 해석이 법해석의 핵심을 차지할 수는 없을 것이며, 법해석의 개념적 범주가 지나치게 확장되는 순간 법형성과 법해석을 구분할 논리적 실익이 사라지게 된다는 점을 유의해야 한다.<sup>230)</sup>

## 나. 형식과 실질

우리나라 법원은 규범적 판단을 제공함에 있어서 현실의 다양한 사안에 따른 결정을 내림으로써 - 물론 일률적 평가를 내리기는 어려울 수 있겠으나 - ‘형식’보다 ‘실질’을 보다 중요하게 여기고 있다고 평가할 수 있겠다. 법체계가 여타의 사회정책 및 도덕체계와 구분되는 독자성을 유지할 수 있는 것은 ‘형식’을 중시하기 때문이다<sup>231)</sup>.

228) 이는 해석(협의)의 범주를 벗어나는 것으로서, “법문언 형식주의여, 영원하라 (Long live formalism)!”를 외친 스칼리아의 주장을 무색하게 한다.

229) “법률행위의 해석은 당사자가 그 표시행위에 부여한 객관적인 의미를 명백하게 확정하는 것으로서, 당사자가 표시한 문언에 의하여 객관적인 의미가 명확하게 드러나지 않는 경우에는 그 문언의 내용과 법률행위가 이루어지게 된 동기 및 경위, 당사자가 법률행위에 의하여 달성하려고 하는 목적과 진정한 의사, 거래의 관행 등을 종합적으로 고찰하여 사회정의와 형평의 이념에 맞도록 논리와 경험의 법칙, 그리고 사회 일반의 상식과 거래의 통념에 따라 합리적으로 해석”한다. (대법원 2009.10.29, 2007다6024, 대법원 2010.2.11, 2009다 74007 등)

230) 법해석이 아닌 논증을 법해석이라고 하는 것은 법원의 실정법 경시주의로 흐를 위험성도 존재한다.

[표 3-3 : 논증 전개의 중점]

형식 중심의 사고	실질 중심의 사고
문리해석 법문언의 사전적 의미	비(非)문리해석 제도의 목적, 구체적 정의

형식의 체계 완결성도 중요하나 그 구체적 의미를 채우는 실질을 더욱 고려한 판결을 내린 대표적 예는, 명목상으로는 도급계약이지만 실제의 면면을 분석할 때 고용계약에 해당하는 것으로 봄이 타당하다는 판결이다. 대법원은 2004다29736 판결<sup>232)</sup> 등 여러 사안에서 계약의 형식은 도급계약에 해당하지만 실제의 근로제공 방식을 기준으로 살필 때 고용계약으로 보는 것이 합당하다고 판결하면서, 외양의 형식보다는 내용적 실질을 우선한다. 이 경우 법원은 특정한 법조항을 사안에 적용하기 보다는, “경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단”하는 방식을 취하고 있다.

이와 같이 법원이 사안의 실질에 맞는 법해석방법을 유연하게 채택하

231) 법체계는 사회체계 내에 있기 때문에 내용적 건전성과 사회적 수용성을 감안할 때 ‘실질’을 무시할 수 없으나, 법체계로서의 정체성과 독자성은 ‘형식’에서 비롯한다.

232) 대법원 2006. 1. 27. 선고, 2004다29736 판결

근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부는 계약의 형식이 고용계약인지 도급계약인지보다 그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 하고, 여기에서 종속적인 관계가 있는지 여부는 업무 내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며 업무 수행 과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지, 사용자가 근무시간과 근무 장소를 지정하고 근로자가 이에 구속을 받는지, 노무제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, 노무 제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지, 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격인지, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, 근로 제공 관계의 계속성과 사용자에 대한 전속성의 유무와 그 정도, 사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는지 등의 경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단하여야 한다.

고 있는 이유는 다음과 같이 법을 이미 주어진(所與) 완결된 결과물이 아니라, ‘과제로서의 법’으로 이해하는 태도에서 기인한다.

“여기에서의 법은 찾아야 하고 그리고 드디어 획득하여야 할 목표로서의 법인 것이다. 그것은 폐쇄되고 흠 없는 법이 아니라, 열려 있고 보충해야 하는 법이다. 다시 말해서 단순한 소여(所與)로서의 법일 뿐만 아니라 과제로서의 법, 즉 ‘있어야 할 법’까지 포괄된 법이라고 말할 수 있다. 바꾸어 말한다면 여기에서의 법은 그것이 이상적으로 소행해야 할 모든 기능이 최대한 충족된 상태에서의 법, 즉 ‘정당한 법’에까지 확정된 법관념과 같은 것이라 하겠다.”<sup>233)</sup>

형식을 중시하는 관점에서 상기와 같은 견해는 경계해야 하는 태도이다. 실질을 중요시한 여러 판결이 존재하지만, 그 논변의 선명함에서 가장 두드러지는 판결은 다음의 대전고등법원 2006나1846 판결이다. 이른바, ‘아름다운 판결이라는 별칭을 가지고 있는 이 판결은 실질과 형식의 긴장에서 실질을 우선시한 법형성 판결의 대표적인 사례이다.

“우리는 입법부가 만든 법률을 최종적으로 해석하고 집행하는 법원이 어느 정도 수선의 의무와 권한을 갖고 있다고 생각한다. 이는 의회가 만든 법률을 법원이 제멋대로 수정하는 것이 아니라 그 법률이 의도된 본래의 의미를 갖도록 보완하는 것이고 대한민국 헌법이 예정하고 있는 우리 헌법체제의 일부라고 생각한다.”<sup>234)</sup>

사안을 담당한 대전고등법원은 舊임대주택법이 달성하고자 한 정책적 목표, 의도한 계획과 보호범위 등 입법 취지를 문언보다 더 중시하였다. 특별한 사정이 있는 이 사건에서는 임대주택법 제15조 제1항의 ‘임차인’의 의미를 문언적·형식적으로만 해석할 것이 아니라 임대차계약의 목적, 재정적 부담과 실제 거주자라는 ‘실질적 측면’에서 ‘사회적 통념에 따라

---

233) 심헌섭, “법 획득방법의 기본구조에서 본 법학과 법실무”, 서울대학교 법학, 제 23권 제1호, 1982, p.36

234) 대전고등법원 2006. 11. 1. 선고, 2006나1846 판결

서’ 새겨야 한다고 보았다. 법원은 피고가 사회통념상 ‘실질적 의미’의 임차인에 해당되어 이 사건 임대주택에 관하여 우선분양을 받을 권리를 가지므로, 임대차계약 기간 만료를 이유로 피고들에게 명도와 퇴거를 구하는 원고의 청구는 허용되지 않는다고 판단하였다.

이와 같은 적극적인 태도는 많은 논쟁을 야기한다. 법원이 민주적 정당성과 기관의 역량과 무관하게 의회와 같은 지위를 점하게 될 우려가 있으며, 같은 연유로 주권재민의 원칙과 긴장 관계에 놓일 수 있기 때문이다.

대법원은 ‘임차인’의 의미를 풀이함에 있어서 법해석의 의의와 한계를 밝히며(大判 2006다81035)에서, 대전고법 2006나1846 판결에서 보여준 법해석이 “법률 해석의 원칙과 기준에 어긋난 것”이라고 판단하였다<sup>235)</sup>. 대전고법이, “가장 사려 깊고 조심스럽게 만들어진 법도 세상사 모든 사안에서 명확한 정의의 지침을 제공하기는 어려운 법”이라고 구체적 정의의 실현을 중시한 반면, 대법원은 “가급적 모든 사람이 수긍할 수 있는 일관성을 유지함으로써 법적 안정성이 손상되지 않도록 하여야” 함을 이유로 형식보다 실질은 우선시한 해당 판결을 파기하였다.

법원의 태도는 판단 대상영역에 따라서 다른 모습을 보인다. ‘실질’을 기준으로 판단한 하도급 판결 등을 감안할 때, 2심(2006나1846)과 3심(2006다81035)의 결정 중 어느 것이 더 옳은 것인지에 관해서 판단하기는 어렵다. 다만 하도급 사안 등을 비롯하여 ‘실질’을 ‘형식’보다 더욱 우선시한 대법원의 판결과 비교할 때, 임차인의 인정에 관하여 그 ‘실질’을 우선하여 판단하는 것이 그 ‘형식’을 판단하는 것보다 더욱 적합하다는 평가를 여러 심급에서 공유하지 못했던 것으로 이해할 수 있다.

---

235) 대법원 2009. 4. 23. 선고, 2006다81035 판결

: “구 임대주택법 제15조 제1항에서 규정하는 ‘임차인’이란 어디까지나 그 법률이 정한 요건과 절차에 따라 임대주택에 관하여 임대사업자와 임대차계약을 체결한 당사자 본인으로서의 임차인을 의미하고, 이와 달리 당사자 일방의 계약 목적, 경제적 부담이나 실제 거주 사실 등을 고려한 ‘실질적 의미의 임차인’까지 포함한다고 변경, 확장 해석하는 것은 법률 해석의 원칙과 기준에 어긋나는 것으로서 받아들이기 어렵다.”

사안의 ‘실질’을 보다 중시하는 법원의 태도는 형사 사건에서도 드러나고 있다. 부산지법 2008고합669 판결은 사법의 본질이 “삶의 현장과 소통하는 것이며 대상 사건의 영역 내에 있는 모든 사람들의 문제와 애환에 진지하게 귀를 기울이는 것”임을 강조하고 있다<sup>236)</sup>.

## 2. 역동적 해석과 법의 진화

이러한 맥락에서 에스크리지(Eskridge)의 ‘진화적 관점’이 지닌 의의를 새길 수 있다. 에스크리지는 법률은 타협과 협상의 산물로서 만들어지기 때문에 사법 과정에서 수정을 거쳐야 한다는 입장을 보인다. 에스크리지는 법을 정태적인 것으로 상정하면 안 되며, 헌법이나 보통법만이 아니라 제정법을 해석함에 있어서도, 사회의 사회적·정치적·법적 맥락에 따라서(in light of their societal, political, and legal context) 보다 역동적(dynamic)이어야 한다고 주장한다<sup>237)</sup>. 이러한 관점에서 사법부의 논증을 이해할 때, 주어진 문구를 풀이하는 수동적 해석이 아니라 역동적이고 주체적인 작업이라고 정리된다.

특히 에스크리지는 “진화적 관점(evolutionary perspective)”을 강조한다. Eskridge는 어떠한 법이 의회에서 제정되었을 당시와 달리 사회적 여건이 변화하고, 더욱이 해당 법률의 법적 의미 내지는 헌법적 의미가 변화

---

236) 부산지방법원 2009.2.18. 선고, 2008고합669 판결

“보편타당한 원리를 추구하는 재판은 본래 사람에 대한 깊은 이해와 관심을 그 바탕으로 한다. 그런 점에서 사법의 본령은 삶의 현장과 소통하는 것이며, 대상 사건의 영역 내에 있는 모든 사람들의 문제와 애환에 진지하게 귀를 기울이는 것이다. 특히 형사사법절차에 있어서는 피고인의 권리보장에 못지않게 범죄의 피해자 등 사건 관련자들에 대하여도 그 지위와 처지에 합당한 배려와 처우를 소홀히 할 수 없는 것은 지극히 당연하고 또 중요하다. 이는 곧 국가가 삶의 제 분야에 있어서 모든 국민의 인간다운 생활과 행복의 추구를 돕고자 하는 헌법 원리를 실질적으로 구현하는 것이다. 이에 본 법원은 그와 같은 목표에 입각하여 종래의 이론과 선례를 근거로 구체적인 사실관계를 확인한 다음, 성적 소수자인 피해자의 법률상 지위를 위와 같이 인정함으로써, 이러한 배려가 이제 노경에 들어서는 피해자가 우리와 다름없는 이 사회의 보통사람으로서 다른 사람들과 자유로이 어울려 자신의 성장체성에 합당한 편안하고 명예로운 여생을 보낼 수 있는 하나의 계기가 되기를 기대한다.”

237) Eskridge, Dynamic Statutory Interpretation, p.1479

하면, 현재의 관점(perspective)이 해당 법률의 해석에 영향을 미치며 또한 응당 그러하여야만 한다고 주장한다.<sup>238)</sup>

에스크리지는 법해석을 일종의 연속체(continuum)로서 바라볼 것을 주문하며, 경우에 따라 적합한 해석 방식을 취해야 한다고 본다. 법해석이라는 연속체의 한 극단에는 법 문언이 강한 구속력을 발휘하는 엄격한 문언주의 해석이 자리하고 있으며, 다른 한 극단에서는 사회의 전체적 맥락을 고려하여 법 문언으로부터 보다 자유롭게 법해석을 진행하는 역사적·진화적(evolutionary)인 법해석이 자리하여 영향력을 발휘한다고 다음과 같이 강조한다.

일반적으로, 법률 문언이 상세하면 상세할수록 그 법률을 해석하는 사람은 문언에 더욱 많은 비중을 두는 경향이 있다. [그래서] 최근에 입법된 제정법일수록 법률 문언이 해석에 있어서 중요해지며 입법 과정에서 해당 법의 문언의 의미를 명확하게 밝힐수록 더욱 그러하다. [하지만 이와 반대로] 법이 제정된 이후로 현격한 사회 환경의 변화가 - 사회의 공공적 가치가 어떻게 변화하였느냐(changes in public values)가 단순한 사실관계의 변화보다 더욱 중요하다 - 일어났다면, 법률을 해석하는 사람은 사회의 변천(變遷) 맥락을 생각해서 진화적(evolutionary)인 요인들을 보다 더 고려하여(evolutionary considerations) 법률을 해석하여야 한다.<sup>239)</sup>

즉, 에스크리지는 법 문언이 ‘현재 시점의 사회에서’ 어떻게 평가되느냐에 따라서 법률을 해석하는 방법이 달라져야 한다고 말한다. 법률에 따라서 법 문언 그 자체에 엄격한 해석을 해야 하는 경우도 있고, 법의 사회적 맥락과 시대적 변화를 감안하여 해석해야 하는 것이 적합할 수도 있다고 한다.

---

238) 에스크리지는 ‘Smith vs. Wade’ 사건을 분석하며 진화적 관점에서 두 가지 의의를 찾는다. 첫 번째는 해당 사건의 관련 제정법의 문언이 추상적이어서 담당 법원에게 해석의 여지를 많이 주었다는 것이며, 두 번째 의의는 해당 법률이 제정되던 시기와 판결 시기까지 많은 세월이 흘러 법률 제정 당시와 비교할 때 실질적 변화가 발생하였다는 것이다.

239) Eskridge, 전거서(주236), p.1496

역동적 해석(dynamic interpretation)에 내포된 세 가지 관점은 해석이 연속체(continuum)의 성격을 지님을 보여주는 사례들로 설명된다. 많은 경우 제정법의 문언은 확정적인 답을 제공해줄 수 있다. 이는 해당 법 문언이 제정된 지 얼마 되지 않은 근래의 것이고 입법의 과정에서 충분한 숙고를 거친 경우이다. 이러한 경우에는 법해석에 있어 법 문언이 지배적인 영향력을 미친다. 하지만 이와 반대로 법이 제정된 이후로 이미 많은 시간이 지나서 상당한 사회적 변화가 일어나서 법 문언의 의미가 실질적으로 크게 변경된 경우가 있다. 이러한 경우에는 법을 진화적인 관점으로 이해하여 현재 사회의 변화된 맥락을 중시하는 진화적 해석을 하여야(the evolutive context controls) 한다.<sup>240)</sup>

물론, ‘진화적 관점(evolutive perspective)’이 명백하고 확정적인 언표를 사용하고 있는 법률의 해석에도 적용되는 것은 아니다. 에스크리지는 법치주의와 관련된 문언을 중시하는 법해석 관점(textual perspective)와 사회적 맥락을 중시하는 법해석 관점(evolutive perspective)의 대립이 있다고 본다. 법률 문언이 구체적이고 최근에 입법된 법일수록, 법률 문언주의 해석이 우세할 것이고, 법률 문언이 추상적이고 입법 시기가 오랜 법률일수록 해당 법률의 사회 맥락을 고려하는 발전적 해석이 우세하다는 것이 에스크리지의 이해이다.

이에 대한 예증은, 근래 우리나라 법원이 인정한 양심적 병역거부 사안의 경우이다. 그간 동일한 문제가 수차례 제기되었던 재판에서 기존의 판결(헌재 2004. 8. 26, 2002헌가1, 대법원 2004. 7. 15, 2004도2965 판결 등)은 병역거부를 인정하지 않았다. 해당 재판에서 법원은 병역법 제88조제1항<sup>241)</sup>에서 말하는 ‘정당한 사유’에 종교적 신념이 포함되지 않는다

240) Eskridge, 전거서(주236), p.1496

241) 병역법 제88조(입영의 기피 등) ① 현역입영 또는 소집 통지서(모집에 의한 입영 통지서를 포함한다)를 받은 사람이 정당한 사유 없이 입영일이나 소집일부터 다음 각 호의 기간이 지나도 입영하지 아니하거나 소집에 응하지 아니한 경우에는 3년 이하의 징역에 처한다. 다만, 제53조제2항에 따라 전신근로소집에 대비한 점검통지서를 받은 사람이 정당한 사유 없이 지정된 일시의 점검에 참석하지 아니한 경우에는 6개월 이하의 징역이나 500만원 이하의 벌금 또는 구류에 처한다.

고 보았으나, 2018년 동일한 쟁점을 판단한 법원은 정당한 사유에 종교적 신념이 포함되는 것으로 판단하였다. 이처럼 ‘정당함’과 같은 높은 추상성의 지표는 얼마든지 같은 사안에서 다른 판단을 이끌어낼 수 있다.

### 3. 사회적 타당성

논증을 통한 법적 결정의 합리화를 위하여, 법률 문언에 지나치게 얽매이기 보다는 ‘사회적 타당성’을 중시해야 한다는 다음의 주장은, 사회적 합리성을 구비하지 못한 법적 결정의 문제를 지적하고 있다.

법적 결정을 정당화하는 길 가운데 하나가 법 조항으로부터 출발하여 형식논리적으로 접근하는 종래의 법실증주의적 접근방법임은 분명하다. 그러나 법적 결정을 정당화하는 다른 하나의 길은 목적적 해석, 정책학적 접근 등 사회과학적 연구결과에 의거하여 합리화하는 길이라고 생각한다. 그러한 만큼 사회과학적 연구결과에 의거하여 법적 결정을 합리화·정당화하려는 이러한 노력은 법 조항에 형식논리적으로 얽매이는, 우리나라에서 지배적인 법학 방법론이라 할 수 있는 법실증주의적 접근방법에 대한 강한 비판도 된다. (...) 더구나 형식적 법조문(또는 법제도) 중심의 형식논리적인 법실증주의는 사회가 급속하게 변화하는 우리나라 사회의 법의 변화를 또한 읽지 못하는 잘못을 저지르기 쉽게 한다. 그것은 같은 사회의 각기 다른 두 시점의 법을 가지고 행하는 또 다른 의미의 비교법인 까닭이다.

사회과학적으로 법학에 접근하는 경우에 법학의 시야가 넓어질 뿐만 아니라 그 깊이를 더하여 국가로부터뿐만 아니라 사회 속에서도 법을 인식해 낼 수 있게 하고 있다<sup>242)</sup>.

이러한 태도는 대법원 78도246 판결에서도 확인된다. 형법 제55조제1항제6호<sup>243)</sup>의 정확한 의미가 무엇인가를 다룬 대법원 78도246 판결에서,

---

242) 최대권, 법적 결정과 사회과학, p.68

243) 제55조(법률상의 감경) ①법률상의 감경은 다음과 같다.

6. 벌금을 감경할 때에는 그 다액의 2분의 1로 한다.



다수의견은 형법 제55조제1항6호의 벌금을 감경할 때의 ‘다액’의 2분의1 일이라는 문구의 의미를, ‘금액’의 2분의 1로 해석하여 상한과 함께 하한도 2분의 1로 감경되는 것으로 해석하였다. 다액(多額)을 문자 그대로의 사전적 의미로 해석하면, ‘많은 액수’이다. 따라서 이는 문리적 해석에 따르면 다액은 벌금 상한을 의미하게 된다. 하지만 다수의견은 형법 제55조를 합리적으로 해석한다면, 제55조제1항6호의 ‘다액’의 의미는 ‘금액’으로 풀이하는 것이 타당하다는 결정을 내렸다. 해당 결정을 내리면서 법원은 사안에 적합한 결정이 산출되기 위하여 사법부의 기능과 역할을 다음과 같이 밝히고 있다.

사회현상이 급속도로 변천되고 법률이 미처 그 사회변천에 따라가지 못하여 그 법률과 사회실상과의 괴리가 심하게 되어서 해석여하에 따라서 그 결과가 심히 부당하게 혹은 국민에게 가혹한 결과를 가져온다고 보일 때에 이를 완화하는 방향으로 “해석”함은 형법해석에서도 불가능한 것이 아닐 뿐 아니라 필요한 것이라고 할 것이다. 도대체 모든 법은 법규정의 본질을 바꾸는 정도의 것이 아닌 한도에서 이를 합리적으로 해석함으로서 뒤쳐진 법률을 앞서가는 사회현상에 적응시키는 일방 입법기관에 대하여 법률의 개정 등을 촉구하는 것은 오히려 법원의 임무에 속하는 일이고 법률개정이라는 입법기관의 조치가 있을 때까지는 그 뒤쳐진 법규정의 재래적 해석적용이 부당한 결과를 초래한다는 것을 뻔히 알면서 이를 그대로 따를 수밖에 없다고 체념해 버리는 것은 온당치 않은 태도라고 생각한다.<sup>244)</sup>

이처럼 법원은 ‘법규정의 본질’을 바꾸지 않는 한도 내에서 ‘합리적 해석’을 하는 것이 합당하다고 말한다. 이를 위한 근거로서 다수의견이 제시하는 것은 사회의 ‘변천’이다. 사회변화를 감안할 때 법 규정을 문자 그대로 해석한 결과 부당한 결과를 초래하게 된다면 엄격한 문리해석을 고수하는 것이 온당하지 않다고 밝히고 있다.

---

244) 대법원 1978. 4. 25. 선고, 78도246 판결 다수의견

특히 입법부 내지 행정부의 기획에 따라서 만들어진 제정법이 아니라, 일반·추상적인 규범이 대다수를 차지하는 민법의 경우 법관의 역할이 더욱 중요해진다. 법관은 판례법의 생성과 변경을 “문자로 고정된 민법이 지속적으로 변동하는 현실과 너무 동떨어지지 않게 유지”하는 작업을 한다.<sup>245)</sup>

법원의 범형성 판결은, 법원의 판단에 법체계를 구성하는 범명제 외에 사회의 외부자원이 동원되었음을 의미한다. 이러한 사회적 자원들, 혹은 예비규범 자원들은 법원의 논증을 통해서 문제사안에 적합한 해결책을 제시하는 판단기준으로 활용된다.

“범규범 명제는 경험적 사실에 관한 명제가 아니라, 신념이나 이상에 관하여 서술한 당위의 명제라는 점에서 일종의 교조(Dogma)라고 볼 수 있고, 이러한 점에서 법해석학의 특징이 발견된다. 법해석학은 이 같은 교조적 성격을 갖는 범규범 명제를 대상으로 그 의미내용을 명확히 하거나 설명하고, 범규범 명제 사이의 상호관계를 논리적으로 체계화하며, 나아가 불명확하거나 흠결이 있는 부분에 관하여 해결방안을 제시하는 것을 그 목표로 한다.”<sup>246)</sup>

‘범률에 반하는 범형성’ 혹은 ‘초범률적인 범형성’을 하는 경우, 법관은 범명제 이외의 요소를 고려하여 사안의 구체적 정의를 실현하기 위한 판단을 내린다. 순수 논리연역적 절차에 의해서 법적 결정이 도출되었다면 경험적 요소에 대한 고려와 평가는 필요 없을 것이다.

하지만 범형성 판결에서는 순수한 법논리 이외의 요소, 법외(法外)적 요소가 개입되어 있다. 법논리 이외의 요소는 법원이 사회 일반의 도덕 수준, 정의관념 등에 관한 사회적 제반 요인에 관한 검토와 평가를 수반한다. 이는 법원의 판단에 있어서 범명제 외에도 경험명제에 관한 분석이 차지하는 비중이 크다는 사실을 알려준다. 경험명제에 관한 평가와

---

245) 권영준, “민법학, 개인과 공동체, 그리고 법원”, 2015, p.1444

246) 양건, 법사회학, 아르케, 2004, pp. 19-20

분석은 ‘합리성’을 중요한 기준으로 하고 이는 필연적으로 정책적 사고와 연계된다.

법원의 판단은 단순히 법문언의 정확한 의미를 탐구하는 방식으로 이루어지는 것이 아니라, 사회의 여러 가지 정책적 요소를 고려하여 이루어진다<sup>247)</sup>. 다만, 법원이 이와 같은 종합적 사고를 거쳐서 판결을 산출하는 경우 논변 구성의 타당성은 많은 비판의 대상이 될 수 있다. 법리에 따른 판결은 이견의 여지가 적으나, 정책적 판결은 이견의 여지에 열려 있기 때문이다. 따라서 정책적 요소를 고려한 판결이 충분히 합리적인 설득력을 가질 수 없다면 법원의 결정은 많은 비판과 공격에 노출된다.

정책적 판결의 대표적인 예로서 형사사건 성공보수 약정에 관한 대법원 2015다200111 전원합의체 판결은, 형사사건에 관한 성공보수약정이 ‘선량한 풍속 기타 사회질서’에 위배된다고 평가하고, 다만 선량한 풍속 기타 사회질서는 “부단히 변천하는 가치관념”이라면서 다음과 같이 판시하였다. 그리고 판단의 방식이, “당사자 사이의 이익균형 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 사회통념에 따라 합리적으로 판단”해야 함을 천명하고 있다.

선량한 풍속 기타 사회질서는 부단히 변천하는 가치관념으로서 어느 법률행위가 이에 위반되어 민법 제103조에 의하여 무효인지는 법률행위가

---

247) 최대권, 전거서, pp. 63-65

“그러나 문리해석에 의하여 타당한 해석에 도달할 수 없는 경우에는 논리적·체계적 해석, 역사적 해석 및 목적적 해석의 원칙에 의하여 법의 타당한 의미의 발견(혹은 창조)에 도달하여야 한다. 목적적 해석의 원칙은 그 구조상 과학적 연구결과(과학적 진리)가 해석법학에 기여할 수 있는 통로를 마련하여 준다고 생각한다. 가령 다양한 혹은 여러 가지 해석이 가능한 법 조항을 두고 그 조항의 타당한 의미를 밝혀낸다고 하는 경우에 그 법이 실현하고자 하는 목표를 가장 잘 실현할 수 있는, 그러한 의미에서 목적·수단의 관계에 있는 그러한 해석을 선택한다고 하는 경우가 목적적 해석이 되는 것이라고 생각한다. 그러므로 목적적 해석은 과학적 인식의 지지를 받을 수 있다. 그리고 그러한 때 목적적 해석은 과학적 합리성과 정당성을 지니게 될 것이다. (...) (...) 왜냐하면 법개정 등 법의 변경은 사회적 배경을 가지고 나오게 마련이며 따라서 법의 역사는 그것이 전개되는 사회적 배경에 대한 이해를 바탕으로 하여 의미심장하게 이해될 수 있는 것이기 때문이다. (...) 따라서 어느 입법의 합헌성 여부가 다투어질 때에는 정부는 형식 논리적인 해석론에 의거하여서 뿐만 아니라 과학적 합리성 및 그에 기초를 둔 정당성의 논거에 의하여 그 합헌성을 주장하여야 한다.

이루어진 때를 기준으로 판단하여야 하고, 또한 그 법률행위가 유효로 인정될 경우의 부작용, 거래자유의 보장 및 규제의 필요성, 사회적 비난의 정도, 당사자 사이의 이익균형 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 사회통념에 따라 합리적으로 판단하여야 한다.<sup>248)</sup>

법원은 실제로는 법형성 판결을 내리지만, 사법입법 혹은 규범 창설에 대한 부담감 때문에 법형성이라는 단어의 사용을 가급적 피한다. 그러나 법적 논증이 3단 논법의 연역적 논리로 구성되지 않은 경우는 자주 관찰된다. “변화하는 사회”라든가 “사회의 정의관념과 국민의 법감정” 등과 같은 논소(論素)들을 결정의 근거로 제시하는 판결은 법형성 논증이다.

우리나라 민법 제1조는 법원(法源)에 대하여, ‘민사에 관하여 법률에 규정이 없으면 관습법에 의하고, 관습법이 없으면 조리(條理)에’ 의한다고 규정하고 있다. 이는 법의 발견과 사법부의 법 창설의 경계가 분절됨이 없이 이어지고 있음을 간접적으로 보여주는 대표적인 예시라고 하겠다.<sup>249)</sup> 이처럼 민법 제1조에서 간명하게 드러나듯이, 법형성과 법해석은 연속적인 활동이며, 논증에 있어서 ‘법구속성’과 ‘법관창조성’ 모두가 효력을 발휘하고 있기 때문에 법관은 양자 모두를 충분히 고려해야 한다.<sup>250)</sup>

---

248) 대법원 2015. 7. 23., 선고, 2015다200111, 전원합의체 판결

249) 사회적으로 수용되고 인정되는 행위 방식의 반복을 통해 자연스럽게 규범이 형성된 관습법이 무엇이며 조리가 무엇이라는 것에 관하여 법원이 사법적 판단을 제공하는 과정에서 결정하여야 하기 때문이다.

250) 김혁기, “법해석에 의한 모호성 제거의 불가능성”, p.126, 각주5번

“법해석의 법구속성 테제와 법관창조성 테제 중에 하나만을 강조하는 견해는 사법 판단의 실재를 기술하는데 약점을 갖기 쉽다. 전자를 소홀히 하여 해석을 법관의 자의적 판단이 투영되는 계기로만 보면, 법적 추론을 논리적 추론과 동일시하는 좁은 시각을 갖게 된다. 반면 후자를 경시하면, 이른바 ‘법형성’ 내지 ‘법창조’와 같이 법해석과 질적으로 구별되는 개념을 추가적으로 설정하고 입증할 부담을 지게 된다.”

## 제 4 장   법정책 판결과 법원의 기능

### 제 1 절   법정책적 사고와 법형성 판결

#### 제1항 법정책적 판결과 법형성

##### 1. 법정책적 판결

정책은 라스웰(Lasswell)의 정리처럼, “바람직한 사회상태를 이룩하려는 정책목표와 그를 달성하기 위한 정책수단에 대하여 권위 있는 정부기관이 공식적으로 결정하는 지침<sup>251)</sup>”이다. 법정책은 그러한 ‘목표지향적’ 혹은 ‘가치지향적’ 성격을 지닌다. 특히 환경법과 같은 신생 분야의 법들은 ‘목표지향적’이고 ‘가치지향적’ 성격이 두드러진다는 점에서 정책과 법의 관계를 검토할 필요성이 크다.

법원은 그간 ‘법정책적’ 고려를 통해서 판결을 내린 경우에도 그 근거를 ‘법원리’를 사용하는 경우가 많았다. 대표적인 법정책 판결은 제조물 책임을 비롯한 위험책임 법리가 형성된 판결에서 확인될 수 있다. 대표적인 일례로서, 제조물책임<sup>252)</sup> 법리에 관한 초석을 놓았다고 평가받는 Donoghue vs. Stevenson 판결<sup>253)</sup>(이른바, 진저비어 혹은 민달팽이 판결 등)은 현대사회의 제조업자의 위험책임 강화에 의한 판결이다. 이 판결의 실례를 관찰할 때, 법원은 원고와 진저비어 생산자 사이에 직접적인

---

251) Lasswell(1951), "The Policy Orientation", The Policy Science

252) Cardozo 판사의 MacPherson v. Buick Motor Co.(217 N.Y. 382, 111 N.E. 1050 (1916)) 사건과 함께 제조물책임 및 위험책임 법리에 많은 영향을 미쳤다.

253) 진저비어(ginger beer)를 마시던 원고(Donoghue)가 음료수 병 안에 들어있는 죽은 민달팽이(snail in the bottle)를 발견하고 진저비어 제조업자(Stevenson)에게 손해배상을 청구한 사건(UKHL 100, SC (HL) 31, AC 562, All ER Rep 1)

법률관계가 형성되지는 않았으나, 생산자는 ‘돌볼 의무(duty of care)’의 일반적 관념(general conception)이 존재한다는 논리에 의거하여 원고승소 판결을 내렸다. 사건을 담당한 Atkin 대법관은 “네 이웃을 사랑하라, 네 이웃에게 해를 끼치면 안 된다(The rule that you are to love your neighbour becomes in law, you must not injure your neighbour)”는 소박한 관념에서 출발하여 결론을 도출한다. 이웃의 개념 범주는 생산자의 행위에 의하여 영향을 받는 사람으로 설정하여, 생산자가 제조물의 하자에 관한 책임을 지는 것은 건전한 상식(sound common sense)에 부합하는 것이라며 원고승소 판결을 하였다.

이처럼 ‘네 이웃을 사랑하라’ 혹은 ‘타인을 해치지 말라’는 법원리에 기한 판결은, 제조업이 발달하여 다양한 생산품이 대량으로 등장하고 그 유통 권역이 넓어지는 사회적 상황을 고려한 정책적 고려가 판단의 이유가 되었다. 확정적인 법규칙을 적용하여 판단을 내리기 어려운 사안에서 법원은 ‘원리’에 의거한 판단을 내리는데, 이러한 법원리를 활용한 판결은 실제로는 정책적 고려가 영향을 미치는 경우이다.

법원리를 법정책과 본질적으로 차이가 없는 것으로 본다면, 국민 일반의 법감정과 사회의 변화상 등 정책적 이유에서 판결을 하는 법정책적 판결을 내릴 때 법원은 법원리에 의거하여 사안에 적합한 판단을 내린다는 전략을 취한다. 즉 사안규범 형성에 있어서 법원리가 활용되는 경우는 대개 법정책적 판결이라고 정리할 수 있다.

## 2. 법정책적 사고와 법형성 판결

법원의 ‘법형성’ 판결의 의미는, - 최소한 이 글에서의 개념적인 용법에 있어서는 - 의회가 아닌 법원이 ‘의미를 생성하는’ 판결로 사용하였다. 법형성 판결은 법원의 ‘의사결정’이 반영된 판결, 의미 생성적 판결이다. 예시에 등장한, ‘의회에서 새로운 법을 입법하여 그 법을 법원이 적용하여 기존과는 새로운 내용의 판결을 내리는 경우’는 새로운 의미의

생성이 의회의 입법행위에 의하여 이루어진 것이지, 법원에 의하여 이루어진 것이라고 보기 어렵다. 따라서 그와 같은 경우는 본고에서 말하는 법형성 판결의 범주로 분류하지 않는다. 왜냐하면 본 연구는 법실증주의 관점에서 법을 이해하며, 법체계 내용 구성의 ‘변화’에 초점을 두고 있기 때문에, 실질적 내용 생성이 있는 법형성 판결을 연구의 대상으로 하고 있기 때문이다.

드워킨은 논변을 구분함에 있어서, 원리에 근거한 논변(argument of principle)와 정책에 근거한 논변(argument of policy)으로 나누었다. 드워킨의 설명에 의하면 정책(policy)이란 “달성해야 할 목적, 즉 일반적으로 말해 공동체의 경제·정치·사회 국면에서의 개선 목표를 설정하고 있는 그러한 종류의 목표를 달성하기 위한” 것인 반면에, 원리(principle)란 “경제·정치·사회 상황을 바람직하게 보이도록 개선하거나 보장하기 위해서가 아니라, 정의나 공정성의 요구 또는 도덕의 요청이라는 이유 때문에 준수되어야 하는 기준”을 말한다.<sup>254)</sup>

드워킨은 재판을 담당하는 판사는 법원리에 근거한 판단을 내려야 하며 법정책에 의거한 판단을 내려야 한다고 주장하였다. 드워킨은 실정법을 교정하는 법원리의 중요성을 강조하며 그 대표적인 일례로 Riggs v. Palmer 사건을 든다<sup>255)</sup>. 아무도 “자신이 저지른 범죄로부터 이득을 얻을 수는 없다”는 법원리에 따라서 피상속인을 살해한 상속인이 재산을 물려받을 수 없다는 판결이 도출되었다는 것이다. 하지만 이는 비슷한 유형의 범죄를 억제하고 사회적 기강을 유지하려는 정책적 배경에서 도출된 판결이라고 보아도 설명의 무리가 없다.

드워킨은 정책과 원리는 다르다고 보았으며, 재판을 할 때에는 정책이 아닌 원리에 따라서 판결해야 한다고 하였다. 또한 드워킨은 어려운 사안(hard case)에 적합한 답을 모색함에 있어서 원리논거(argument of

---

254) Ronald Dworkin, The Model of Rules I, in: Taking Rights Seriously (7 edit.), 1994, p.22

255) 115 N.Y. 506 (1889)

principle)에 근거하여야 하며, 정책논거(argument of policy)에 근거해서 재판을 해서는 안 됨을 강조하였다.

즉, 원리에 근거한 논변은, 개인 혹은 집단의 권리를 존중하거나 보호하는 것을 드러내는 것이며, 정책에 근거한 논변은 사회 전체의 집단적 목적이나 이익을 증진·보호하기 위하여 취하는 논변이다. 드워킨은 원리에 근거한 논변으로 어려운 사안(hard case)을 해결할 수 있음을 설파하였다. 드워킨은 법관은 ‘사법재량’이 아닌 ‘법원리’에 기대어 판결해야 한다고 주장한다. 그러나 알렉시는 정책과 원리가 다르기는 하지만 재판에서 일정한 경우 정책이 작용할 수 있다고 보았다.

드워킨과 알렉시는 비실증주의자라는 점에서 배제적 법실증주의 관점을 취하는 본고의 입장과 법원리 이해에 있어서 가장 중요한 차이점이 있다. 그러한 입장에서 실정법적 근거가 명확하지 않은 법원리와 법정책의 차이가 크지 않다고 이해한다. 본고는 ‘법원리’로 차명(借名)된 실정법외의 논증자원을 활용하는 경우를 ‘사법재량’으로 이해한다.

드워킨이 재판이 ‘법원리’에 근거해야 하지, 정책에 근거해서는 안 된다고 한 이유는, 소급효 등을 이유로 한 예측가능성과 수범자의 권리 보호였다. 즉, 드워킨이 법관이 정책논변이 아니라 원리논변에 의거하여 재판을 해야 한다고 주장한 배경은, 정책논변이 예측불가능성을 증대시키고 법적 안정성을 해칠 수 있다고 이해하였기 때문이다.

하지만 재판이 법원리에 근거하는 경우이건, 정책에 근거하는 경우이건 법원이 법규칙의 확정적 지시와는 다른 결정을 내렸다는 사실은 달라지지 않는다. 해당 사안에서 법원의 판결이 기존의 안정화된 결과에서 벗어난다는 점에서 예측가능성이 수범자의 이익·불이익 측면에서 차별화된 부분이 없다. 드워킨의 주장과는 달리, 법원리 논증을 하더라도 수범자에게 특별한 보호가 더해지는 것은 아니다. 법정책이 아니라 법원리에 의한 논증을 하더라도 법적 안정성이 해쳐진다는 것에서는 동일한 결과가 발생한다.



## 제2항 법형성 판결의 의의

### 1. 법원리와 법형성

법형성은 법원이 성문법의 법리를 보완하거나, 명문 법규의 목소리가 들리지 않는 영역에서 현실의 요청에 부응하기 위하여 필요한 법리를 형성하는 경우, 그리고 법문언의 명백한 지시에도 불구하고 특정한 상황에서 거시적 법질서 또는 사회일반의 법감정 등을 이유로 특정한 법규범의 효력을 변경시키거나 혹은 정지시키는 경우에 발생한다. 이 경우 법원은 사안의 구체적 정의를 실현하기 위한 판단을 내리면서, ‘법률에 반하는 법해석’, 혹은 ‘초법률적인 법해석’이라고 일컬어지는 법형성을 한다.

법률 문언의 한계를 벗어나는 법형성 판결 중 가장 두드러지는 유형은, 법원이 구체적 법조항이 아니라 일반적 ‘법원리’를 거명하면서 결정을 산출하는 방식이다. 즉, 법원이 사회의 정의관념, 법질서 전반을 향도하는 법의 기본원칙과 사회정의 등을 이유로 구체적 사안에 적합한 판단을 내리는 경우이다. 이러한 법형성 과정은 정책적 논거와 사고방식을 동원하는 - 당연히 관련법에 의해서 엄격한 법적 한계는 주어져 있지만 - 과정이다.

이 경우, 법원리는 논증의 자원을 제공할뿐더러, 논증의 구조 설계에서 중요한 역할을 한다. 법원은, 법외(法外)적인 - 보다 엄밀히 말하면 법체계 내부에 존재한다고 표상되지만 실제로는 외부의 예비규범 자원을 포섭하고 매개하는 방식으로 작동하는 - 법원리를 활용함으로써, 법의 목소리가 들리지 않는 영역, 법의 목소리가 모순된 결과를 지시하는 영역에서 적합한 결론을 산출할 수 있다.

당연히, 법원리가 등장하는 모든 판결이 곧 법형성 판결을 의미하지는 않는다. 하지만 법원이 적합한 사안규범을 현출하기 위하여 법원리를 논증의 중요한 근거로 활용하는 경우는 법원리에 입각한 법형성이 이루어

지는 때이다. 법원리의 입각한 법형성 판결에서 법원은 ‘법 문언의 가능한 의미’의 경계 영역을 벗어난다. 이 경우 법원이 도출하는 법형성의 논증 자료는, 정의와 형평의 관념, 일반 국민의 법감정, 사회의 질서 내지는 조리(條理; sound reasoning) 등과 같은 종류의 불명확한 (예비)규범 자원들로 구성되어 있다. 이러한 자원들이 법과 연관되어 있기는 하나 그 자체로 법이라고 보기는 어렵다. 또한 논증의 논리 구성 측면에서 볼 때, 법형성의 논증 설계는 이미 마련되어 있는 논증의 대전제에서 파생된 구체적 결정을 도출하는 과정이 아니라, 논증의 대전제 그 자체를 형성하는 결정이다. 이를 위해서는 법원이 대전제의 공백과 결함 등을 인지하는 과정이 선행하며 법원의 문제사안에 적합한 결정을 도출하기 위하여 법원은 현행 실정법의 적용을 제한·정지시키거나 판단의 새로운 잣대를 제시한다.

즉, 법원은 ‘법원리’라는 매개 통로를 통해서 외부 자원을 유입하거나 기존 법규범을 변경시키는 법형성 판결을 내림으로써 법의 변화를 가져온다. 법의 동태적 특성은 정책적 판단에 대한 관심을 촉구한다. 법원이 법원리를 근거로 법형성 판결을 내리는 것은 - 이에 관하여 법실증주의와 비실증주의의 관점이 첨예하게 달라지나, 배제적 법실증주의 관점에서 볼 때에는 - 법체계 외부의 자원을 유입하여 판단의 근거로 삼는 것이므로 실질적으로 사법 입법(judicial law-making)이라고 할 수 있다.

## 2. 내적 요청: 법해석의 막다른 골목

### 가. 라즈의 법형성 요청 분류

법원의 논증 과정에 있어서, 법해석의 사고와 법형성의 사고가 지니는 두드러지는 특징은 그 사고와 판단의 대상이다. 법해석적 사고는 법규범 명제에 관한 판단임에 반하여, 법형성적 사고는 경험 명제에 관한 판단이다. 라즈(Raz)는 법형성이 필요한 경우를 세 가지로 구분한다<sup>256)</sup>. ①법

이 불확실한(모호한) 목소리로 말하는 경우, ②법이 모순된 말을 하는(여러 목소리로 말하는) 경우, ③법이 침묵하는 경우이다. 법이 불확실한 목소리로 말하는 경우란 법해석의 다의성이 생겨나는 경우이며, 법이 여러 목소리로 말하는 경우는 문제사안에 적용할 수 있는 경쟁적인 관계의 법이 복수로 존재하는 경우, 법이 침묵하는 경우란 문제사안을 해결함에 있어서 규율이 근거로 삼을 법이 무엇인지 알기 어려운 경우를 의미한다. 이러한 경우 법원은 연역적 추론에만 의거해서는 완전한 결론에 도달하기 어렵다. 따라서 그와 같은 경우에 법원이 내리는 판단에는 ‘제반 상황을 종합적으로 고려’한 선택적 결정의 요소가 일부로 포함된다.

법의 불확정성을 구분하는 것은 법의 불확정성 문제에 대한 체계적 이해를 가능하게 해준다. 법의 불확정성을 이해하고자 하는 연구자들은 법의 불확정성 연원을 구분함으로써 체계적 접근을 꾀한다<sup>257)</sup>. 켈젠처럼 법의 불확정성과 법의 흠결을 엄격하게 구분하는 견해도 있으나<sup>258)</sup>, 라즈는 법의 흠결을 법의 불확정성과 크게 차이가 나지 않는 것으로 본다.<sup>259)</sup>

#### 나. 법문언이 모호한 목소리로 말하는 경우

법원은 법문언의 의미를 ‘정의’함으로써 - 엄밀하게 보았을 때 ‘정의’보다는 ‘재정의’를 함으로써 - 구체적 사안에 적합한 판단을 내린다. 국가

256) 법형성이 필요한 경우는 법의 불확정성 연원과 연계된다.

257) 일례로 김혁기(2009)는 법의 규범적 불확정성을 그 연원에 따라, ①법의 모순과 충돌, ②법의 흠결, ③법의 모호성 세 가지로 분류한다.

(김혁기, 법의 불확정성 연구, 서울대학교 법학박사 학위논문, pp.32-40)

258) “소위 흠결이라고 생각되는 사안에서도 유효한 법질서를 적용하는 것이 논리적으로 불가능하지는 않다. 그러한 경우에는 구체적 법규범의 적용은 불가능하더라도, 법질서를 적용하는 것은 가능한데 이 역시 법적용이다.” (Kelsen, 순수법학(Reine Rechtslehre), p.251)

259) “법원이 관할(jurisdiction)을 가진 모든 법적 문제에 대해 완전한 대답을 가진다면 법체계는 법적으로 완전하다. 법원 관할 하의 어떤 법적 물음들이 완전한 대답을 갖지 못하면 법체계는 법의 흠결을 갖는다.” (Raz, the Authority of Law, p.70)

배상 판결 및 사주체 간 불법행위 손해배상 판결에서 법문언의 가능한 의미를 넘어서는 법해석을 보인다. 국가배상의 대상이 되는 공무원의 법령위반의 의미(“법령을 위반하여~”), 손해배상청구권 소멸시효 기산점(“~ 안 때로부터”)의 의미를 풀이함에 있어서 법률 조항에 사용된 언어의 통상적 용례를 감안할 때 다소 무리한 방법으로 해당 언어의 개념적 외연을 확장하는 법해석을 한다. 이처럼 법문언의 의미 개념을 확장하여 일반적으로 사용되는 어의보다 더 넓은 범주로 언어의 뜻을 확장함으로써 법원은 해당 법문언에 독특한 의미를 부여한다. 이는 법원이 구체적 사안의 정의에 부합하는 결정을 내리기 위하여 법문언의 의미를 - 통상의 용례와는 달리 - 새로이 재정의하는 방식으로 법형성을 하는 경우이다.

#### 다. 법이 여러 가지 모순된 이야기를 말하는 경우

법문언의 의미를 재정의하는 방식으로든 구체적 사안의 정의 요청에 부합하는 결정을 내리기 어려운 경우에, 법원은 법의 목적을 감안하거나 관습을 이유로 해당 법문언의 효력을 상실시키기도 한다. 법원은 발행지가 기재되지 않은 어음과 수표의 효력을 인정하는 판결에서 어음법 및 수표법의 관련 조항을 무시하고 입법목적과 사회적 관행 등을 이유로 법률의 문언이 지시하는 바와는 다른 결정을 내린다. 또한 소멸시효의 주장 중 일부를 신의칙과 금반언 등 일반 법원리를 통해서 효력을 정지시키는 경우도 있다. 이는 법원이 법해석 결정이 아닌 다른 유형의 결정을 내림을 부인할 수 없이 보여주는 사례들이다.

#### 라. 법이 침묵하는 경우

법원은 법이 침묵하는 부분, 즉 법의 공백을 스스로 채워 나가면서 새로운 법리를 형성하고 이를 판례법으로 정립하는 모습을 보이기도 한다.

환경 분야의 불법행위 보상에 있어서 법원은 환경정책기본법이 제정되기 이전에도 민법의 단순한 불법행위 배상책임 조항<sup>260)</sup>에서 명시적으로 말하고 있지 않는 내용을 판례법으로 형성하였다. 입증책임에 관한 기존 법리를 변경하여 개연성과 간접반증 법리를 도입하여 입증책임을 완화하는 법형성 판결을 내림으로써 특유한 판례법을 정립하였고, 해당 판례법의 법리를 분쟁 사안의 유형(재산피해와 신체피해)에 따라 보다 구체적으로 세분화함으로써 관련 문제를 규율하고 있다. 그리고 이러한 법원의 판결에 따라 관련 환경법이 제정되는 등 오히려 사법부의 결정이 의회 입법에 영향력을 미치는 현상이 관찰되기도 한다.

### 3. 외적 요청: 법의 합리성을 위한 법형성

#### 가. 참을 수 없는 부정의

법원의 결정에서 정책적 논증이 이루어지는 상황적 여건 내지 전제를 살피면, 참을 수 없는 부정의 극복과 사회의 합리성 증대이다. 즉, 법형성이 요청되는 경우는 형식의 ‘법적 안정성’과 실질의 ‘합목적성’ 사이에 긴장관계가 빚어지는 경우이거나, 사회적·정치적 수준에서 법해석(狹義) 결과를 수용하기 어려워 사회 구성원들이 받아들일 수 있는 정의(正義)가 요청되는 경우, 혹은 사회의 변화로 예전에 만들어진 법을 적용하기 어려운 경우이다.<sup>261)</sup>

260) 제750조(불법행위의 내용) 고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다.

261) 이를 구체적으로 세분화하여 ‘법률에 반하는 법형성’을 다음과 같이 유형화하여 구분하기도 한다 (양천수, 법률에 반하는 법형성의 정당화 가능성, pp.132-135)

- ① 법률에 명백한 실수가 있는 경우
- ② 법률의 내용이 서로 모순되거나 충돌하는 경우
- ③ 법률이 헌법에 반하는 경우
- ④ 법률의 내용이 심하게 비합리적이거나 반도덕적인 경우
- ⑤ 사회변화로 규범상황이 변한 경우

상기 유형 구분에서 실질적으로 문제가 되는 것은, 3번과 4번 그리고 5번이다. 3번과 4번은 라드부르흐가 말한 ‘불법적 법률’에 해당하는 경우이며, 5번 역시 법률의 내용

라드부르흐는 법적 안정성을 감안하더라도 ‘참을 수 없는 극도의 부정의’가 존재하는 경우에는, 정의를 우선하여 법적 안정성을 훼손하더라도 정의를 우선하는 결정을 내려야 한다고 말했다. 이른바 ‘라드부르흐 공식’으로도 불리우는 이 공식은, ‘법률적 불법’을 교정하기 위한 기준으로 제시되곤 한다. 우리나라 판결에서도 사회정의와 신의칙, 공서양속 등이 판시에서 등장하는 판결들은 대부분 법률적 불법을 교정하기 위한 법형성 판결들이다.

## 나. 사회적 변화의 수용 등 합리성의 증대

부정의의 극복 내지는 정의 실현과 함께 법형성의 또 다른 근거가 되는 것은 합리성의 증대이다. 법의 적용이 합리적 결과를 담보하지 않는 경우 법원은 ‘평가모순<sup>262)</sup>’을 피하고 합리적 결과를 확보하기 위하여 정책적 이유를 반영한 결정을 한다. 이는 사회의 변화를 이유로 법형성을 긍정하는 논거가 되기도 한다. 법원은 법규정을 ‘합리적으로’ 해석함으로써 법률을 사회현상에 적응하는 임무를 수행하고 있음을 밝히고 있다. 이 경우 법원의 ‘합리적’ 해석은 법문언의 기계적 해석을 넘어서 입법의 목적달성 및 사회적 효율 등 정책적 평가를 수반하게 된다. 우리나라 법원은 ‘사회변화’ 역시 법형성의 이유가 되어 타당함을 다음과 같이 밝히고 있다.

“일반적으로 모든 법은 법규정의 본질을 바꾸는 정도의 것이 아닌 한  
도에서 이를 합리적으로 해석함으로써 뒤쳐진 법률을 앞서가는 사회현

---

적 타당성이 문제가 되는 경우이다. 법명제를 그대로 따르기 어려운 이유는 차별화될 수 있으나, 법명제를 그대로 적용하는 경우에는 ‘부당한 결과를 초래’하기 때문에, 3번과 4번과 5번 모두 같은 내용 - 부당한 결과를 간과할 수 없음 - 을 말하고 있다.

262) 양창수, “부동산실명법의 사법적 규정에 의한 명의신탁의 규율,” 민법연구, 제5권, 박영사, 1999

“그러나 그 문언 또는 문법구조대로 해석하는 것이 평가모순을 가져오는 경우에는, 가능한 어의와 의미관련의 범위 안에서 이를 피할 수 있는 해석이 요구되며, 비상의 경우에는 이를 해소하기 위하여 때로 법에 반하는(*contra legem*) 해석도 허용되는 것이다.”

상에 적용시키는 일방 입법기관에 대하여 법률의 개정 등을 촉구하는 것은 법원의 임무에 속하는 일이라 할 것이고, 그 뒤쳐진 법규정의 재래적 해석·적용이 부당한 결과를 초래한다는 것을 알면서도 법률 개정이 라는 입법기관의 조치가 있을 때까지는 이를 그대로 따를 수밖에 없다고 체념해 버리는 것은 온당치 않은 태도이다<sup>263)</sup>.”

즉, 법원은 사회 변화에 따른 성문법 비판과 보완으로서의 법형성 결정을 내린다. 법원의 법형성 결정은 성문법의 문언에 반하는 결정도 있지만, 일반·추상적인 법문언의 구체적 해석 내용을 달리 하는 경우도 포함된다. 법률 조항은 그대로인데 대법원의 판례가 바뀌는 것 역시 새로운 판례법의 창조라는 점에서 법형성 결정에 속한다<sup>264)</sup>.

사회적 합리성에 대한 평가와 판단이 변화한다면 그와 결부된 법적 결정 역시 변화하게 된다<sup>265)</sup>. 사회적 인식이 변화하여 사회적 합리성의 요청이 있는 경우, 법적 결정은 그러한 ‘판례변경에 대한 사회적 수요<sup>266)</sup>’

263) 대법원 1998. 4. 23. 선고, 95다36466 전원합의체 판결

264) 최대권, “법적 결정과 사회과학”, p.59

“헌법 변천 현상에 상응하는 현상은 다른 법 분야에서도 얼마든지 일어나고 있음을 주의할 필요가 있다고 생각한다. 그 대표적인 예가 대법원의 새로운 판례를 만들고 혹은 이전의 판례를 변경하는 현상이라고 생각한다. 예컨대 민법 조항 자체는 바뀌지 아니하고 그대로인데 대법원의 판례가 바뀐다는 것은 무엇을 의미하는가? 그것은 대법원에 의한 새로운 법의 발견인가 혹은 새로운 법의 창조인가? 우리는 위에서 그것은 같은 현상의 다른 측면의 표현일 뿐이라고 천명한 바 있다. 왜냐하면 법의 발견이라고 하더라도 그것은 새로운 법(즉 판례법)을 형성하는 것임에 틀림없기 때문이다. 아무튼 법의 발견이든 법의 창조이든 새로운 사실이나 변경된 사실(인식)에 바탕을 두어 그 사실에 타당한 법의 발견이 새로운 판례 형성이나 판례변경(즉 법 창조)에 이르리라는 것은 쉽게 상정할 수 있다. 그리하여 새로운 사실에 타당한 법의 발견(창조)은 사실 인식이 합리적인 때 정당화된다고 생각한다.”

265) 최대권, 전게서(주263), p.55

“동일한 사회에 존재하여 오던 법제도나 법원칙이라도 사회가 바뀌면 얼마든지 그 의미나 기능이 다를 수 있다는 문제이기 때문이다. 그러한 만큼 필요한 것은 사회변화를 읽고 변화된 사회적 문맥에서 (헌)법을 볼 줄 아는 눈이다.”

266) 최대권, 전게서(주263), p.60

“그러나 동성동본금혼 제도를 법의 힘을 빌려서까지 강행하는 것이 과연 타당하냐를 따지는 세상인심의 변화(즉 법의식의 변화)를 사회과학적으로 채집하여 보여줄 수 있다고 생각한다. (...) 미국 Brown사건의 경우에 판례변경의 정당화 논리로 도덕적 필요성을 거론하기도 한다. 우리는 이곳에서 새로운 판례 형성이나 판례변경의 사회적 수요 인식에 바탕을 둔 (사회)과학적 합리성을 문제 삼는 것이다. 그리고 과학적 합

에 반응하여 보다 높은 합리성을 충족하기 위한 법형성 결정이 일어난다. 자연법주의의 관점에서, ‘법발견’이라는 이름을 사용하면서도 사회의 변화를 수용할 “법관의 법발견도 어느 정도는 유연성의 사고를 필요”함이 강조된다.<sup>267)</sup>

#### 4. 현행법 비판과 보완으로서의 법형성

례를 살필 때, 법원의 법적 논증에 있어서 실정법 이외의 규범 자원을 활용하는 모습이 관찰된다. 이는 법해석에만 의존하여서는 사법적 기능이 작동하기 어려운 사안에서 법원이 법형성을 통하여 구체적 사안에 적합한 규범을 현출해냄으로써 문제에 대응하고 있다.

‘법의 발전적 형성은 불가피<sup>268)</sup>’함을 강조하는 심헌섭(1982)의 연구는, 법에 대한 ‘생산적 비판’이 긍정될 필요성을 말하고 있다. 다만, 법의 영역 구분에 따라서 법형성이 보다 자유롭게 인정될 수 있는 영역과 그렇지 않은 영역을 구분하고 있는데, 법적 문제를 ‘정당하게’ 해결해야 하는 법률의 ‘개선적 기능’이 요청되는 사법 분야에서 법형성을 인정할 수 있으나, 형법 분야에서는 법형성에 신중하여야 함을 말한다.

“사실 법의 발전적 형성을 요하는 여러 경우들을 보면 그것들은 법관에 ‘법제정의 전권위임’을 부여한 것이나 다름없는 것이다. 법획득의 관점에서 보면 이러한 법형성은 근본적으로 법이 이상적으로 실현하여야 할 기능을 고려하여 생각할 문제이다. 법적 안정성과 권력분립이라는 법

---

리성을 지닌 법적 결정은 정당성을 지니게 되는 것이다.”

267) 박은정, 전거서, pp.47-48

268) 심헌섭, “법획득방법의 기본구조에서 본 법학과 법실무”, 서울대학교 법학, 제23권 제1호, 1982, p.41

“법획득의 방법론에서 판례의 역할도 중대하다. 한때는 법관을 법문구를 발음하는 입으로 생각도 하였지만 이는 이제 하나의 환상이다. 법률에는 주지하듯이 불확정적 개념, 규범적 구성요건징표, 일반조항, 재량개념, 나아가 흠결, 모순, 심지어 오류 등이 내재되어 있다. 또 법학에 의해 제안된 해석과 학설은 너무 많고 상이해서 문제이다. (...) 이렇게 본다면 법률도 법학도 판결을 완전히 결정하여 법관을 법률과 학설의 ‘노예’로 만들 수는 없게 되었다. 말하자면 판결에 의한 법(의 발전적) 형성(Rechtsfortbildung)은 불가피한 것이다.”



치국가적 원리로 보아 법원은 법률에 당연히 구속된다. 그러나 법적 문제를 ‘정당하게’ 해결하려는 이른바 법률의 ‘규범적 기능’ 내지 ‘개선적 기능’을 앞세워야 하는 영역(私法)에서는 법에 대한 ‘생산적 비판’은 제한되게나마 긍정되어야 할 것이다. 그러나 이는 법의 이른바 ‘기획적 기능’을 앞세워야 영역(刑法)에서는 바람직하지 못하다. 그래서 ‘금액판결은 말이 많았던 것이다. 사실 이러한 판결의 근거로 내세우는 결정이 가져올 ‘부당한 결과’의 고려란 입법자가 할 일이지 법관이 할 일은 아니다.”<sup>269)</sup>

다음의 글에서 말하는 ‘사회 내에 존재하는 경험적인 지배적 평가’는 법원의 판단 과정에서 정책적 사고가 활용됨을 설명한다.

“법획득의 과정, 다시 말해서 법추론은 거의 빠짐없이 경험적 명제를 내포하고 있다. 예컨대 해석함에 있어서 문리에 쫓는다 해도 그것은 결국 경험적인 언어관용의 확인이며, 역사적 해석도 입법에 참여한 이들의 경험적인 역사적 의사의 확인인 것이다. 또 법획득이 널리 평가를 통해 이루어진다고 해도 그것이 순 주관적 평가일 수는 없고 우선 사회 내에 존재하는 경험적인 지배적 평가(선량한 풍속, 사회상규)에로 향할 것이다(이른바 ‘사회적 평가법학’). 더욱이 법추론의 소전제 즉 ‘사실확정’은 경험적 명제의 개입 없이는 이루어질 수 없는 것이다.”<sup>270)</sup>

당면 사안에 적합한 결정을 내리기 위하여 법체계 내적(內的) 자료, 즉 법명제의 논리적 구성과 조합이 가능하려면 사안과 관련된 경험적 명제에 대한 검토와 평가가 필요하다. 이를 다시 옮기자면, 법원이 문제사안의 해결을 위하여 법리를 새로이 개발하지 않는 경우라고 하더라도 경험적 명제에 대한 평가가 수반되어야 함은 물론이며, 만약 법원이 비전형적인 유형의 문제사안에 적합한 결정을 산출하기 위하여 법리를 새로이 형성하는 경우에 경험적 명제에 대한 분석과 평가는 더욱 중요한 비중을

269) 심헌섭, “법획득방법의 기본구조에서 본 법학과 법실무”, 1982, p.41

270) 심헌섭, “법획득방법의 기본구조에서 본 법학과 법실무”, 서울대학교 법학, 제 23권 제1호, 1982, pp.42-43

차지한다. 이처럼, 순수한 법논리 이외의 판단 요소, 다시 말해 사회의 경험적 명제에 관한 검토와 평가는 법형성 판결을 분석하고 평가함에 있어서 법원의 정책적 관점의 사고에 관한 이해가 수반되어야 함을 알려준다.

### 제3항 정책적 목적과 법해석

#### 1. 확장지향적 해석 : 국가배상법의 ‘법령 위반’

##### 가. 개념의 외연 확장

대법원 2005두12572 전원합의체 판결이 법문언의 의미를 ‘제한’하고 ‘축소’한 판결인 반면, 법원이 법문언의 의미를 ‘확장’하거나 심지어 통상의 언어 용례와는 친숙하지 않은 새로운 의미를 부여하는 경우도 존재한다. 여러 사안에서 우리나라 법원은 문제사안과 관련된 법문언의 의미를 ‘확장’하거나 ‘재정의’하는 방식으로 적합한 결정을 산출하였는데, 관련 내용을 다음과 같이 확인할 수 있다.

법원은 법조문의 언어를 해석할 때, 개념의 외연을 최대한 확장하여 관련 개념을 모두 포괄하도록 해석하는 경우가 있다. 법원이 국가배상책임의 대상이 되는 공무원 부작위를 판단함에 있어서 국가배상법의 법조문의 의미를 해석한 방식이 그러한다. 국가배상법 제2조제1항<sup>271)</sup>의 전단은, 공무원이 “직무를 집행하면서 고의 또는 과실로 법령을 위반하여 타인에게 손해를” 입힌 경우 국가나 지방자치단체에 해당 손해를 배상할 것을 규정하고 있다. 관련 사안에서 쟁점이 된 것은, 공무원이 ‘법령을

---

271) 국가배상법 제2조(배상책임) ① 국가나 지방자치단체는 공무원 또는 공무를 위탁받은 사인(이하 "공무원"이라 한다)이 직무를 집행하면서 고의 또는 과실로 법령을 위반하여 타인에게 손해를 입히거나, 「자동차손해배상 보장법」에 따라 손해배상의 책임이 있을 때에는 이 법에 따라 그 손해를 배상하여야 한다. (下略)

위반하여' 손해를 입힌 사실을 어떻게 판단하느냐 하는 것이다.

우리나라 대법원은 경찰 공무원이 범인식별실을 사용하지 않아 범죄 피해자에게 손해를 입힌 경우 그러한 부작위 행위에 관하여 국가배상책임을 인정할지 여부를 두고, 공무원의 '법령 위반'의 의미를 최대한 넓게 해석하여 다음과 같이 국가배상책임을 인정하였다.

국가배상책임에 있어 (...) 법령을 위반하였다 함은 엄격한 의미의 법령 위반뿐 아니라 인권존중, 권력남용금지, 신의성실과 같이 공무원으로서 마땅히 지켜야 할 준칙이나 규범을 지키지 아니하고 위반한 경우를 포함하여 널리 그 행위가 객관적인 정당성을 결여하고 있음을 뜻하는 것이므로, 경찰관이 범죄수사를 함에 있어 경찰관으로서 의당 지켜야 할 법규상 또는 조리상의 한계를 위반하였다면 이는 법령을 위반한 경우에 해당한다(대법원 2002. 5. 17. 선고 2000다22607 판결).

이 판결에서 법원은 '법령 위반'이, "엄격한 의미의 법령 위반뿐 아니라 인권존중, 권력남용금지, 신의성실과 같이 공무원으로서 마땅히 지켜야 할 준칙이나 규범을 지키지 아니하고 위반한 경우를 포함하여 널리 그 행위가 객관적인 정당성을 결여"한 경우를 모두 포함한다는 확장해석을 하였다. 엄격한 법문언주의자의 입장에 선 문리해석에 따르자면 '법령 위반'의 의미를 조리상의 한계를 위반하는 경우까지 포함하는 대법원의 상기 해석은 정상적인 법해석의 범주를 벗어난 것이라고 평가할 수 있다.

이 사안에서 법원이 국가배상법 제2조의 문언의 개념을 최대한 확장해서 판결한 이유는 해당 사안에 대한 사회적 정의 요청과 관련이 있다. 해당 사건은 당시 사회적 공분을 일으킨 밀양 성범죄 사건을 담당하던 경찰 공무원들이 가해자들과 피해자를 같은 공간에서 심문하고 그 과정에서 피해자가 2차 가해를 당한 사건이었다. 사안의 엄중성과 사회적 비난의 정도 등을 감안할 때, 법원이 '법령 위반'을 문자 그대로의 엄격한 의미의 법령 위반으로 해석하는 경우에는 구체적 정의를 찾기 어렵다고 판

단하여 관련 조문의 언어를 최대한의 외연으로 확장하는 판결을 내린 것이라고 볼 수 있다.

사회적 정의의 관점에서 볼 때에는 법원의 결정에 관해서 이의를 제기할 사람이 극히 드물 것이나, 법해석에 초점을 두면 해당 결정에서 법원의 ‘해석’이 협의의 해석을 - 법문언의 가능한 범위의 경계를 - 넘어서는 것이 아닌가 하는 평가가 가능하다.

이는 대법원 2007다64365 판결이 그 선례로서 활용하는 대법원 2002다53995 판결<sup>272)</sup> 내용을 감안할 때에도 그러하다. 공무원의 부작위에 대하여 국가배상책임 인정은 원칙과 예외의 논리로 구성되어 있다. 국가배상책임을 인정하는 원칙에 해당하는 요건은, “국민의 생명, 신체, 재산 등에 대하여 절박하고 중대한 위험상태가 발생하였거나 발생할 우려가 있어서 국민의 생명, 신체, 재산 등을 보호하는 것을 본래적 사명으로 하는 국가가 초법규적·일차적으로 그 위험 배제에 나서지 아니하면 국민의 생명, 신체, 재산 등을 보호할 수 없는 경우”이다<sup>273)</sup>. ㉠국민의 생명, 신체, 재산 등에 대한 ㉡절박하고 중대한 ㉢위험상태가 발생하였거나 발생할 우려가 있는 경우이다. 이러한 상태이면 원칙적으로 공무원 부작위에 대한 국가배상책임이 인정되지만, 이에서 벗어나는 예외이면 국가배상책임이 인정되지 않는다. 대법원 2002다53995 판결은, “공무원의 부작위로

---

272) 대법원 2005. 6. 10. 선고, 2002다53995 판결

: 여기서 ‘법령에 위반하여’라고 하는 것이 엄격하게 형식적 의미의 법령에 명시적으로 공무원의 작위의무가 규정되어 있는데도 이를 위반하는 경우만을 의미하는 것은 아니고, 국민의 생명, 신체, 재산 등에 대하여 절박하고 중대한 위험상태가 발생하였거나 발생할 우려가 있어서 국민의 생명, 신체, 재산 등을 보호하는 것을 본래적 사명으로 하는 국가가 초법규적·일차적으로 그 위험 배제에 나서지 아니하면 국민의 생명, 신체, 재산 등을 보호할 수 없는 경우에는 형식적 의미의 법령에 근거가 없더라도 국가나 관련 공무원에 대하여 그러한 위험을 배제할 작위의무를 인정할 수 있을 것이나, (...) 공무원의 부작위로 인한 국가배상책임을 인정할 것인지 여부가 문제되는 경우에 관련 공무원에 대하여 작위의무를 명하는 법령의 규정이 없다면 공무원의 부작위로 인하여 침해된 국민의 법익 또는 국민에게 발생한 손해가 어느 정도 심각하고 절박한 것인지, 관련 공무원이 그와 같은 결과를 예견하여 그 결과를 회피하기 위한 조치를 취할 수 있는 가능성이 있는지 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

273) 대법원 2001. 4. 24. 선고, 2000다57856 판결 역시 2002다53995 판결과 동일한 내용의 판단 조건을 실시하고 있다.

인하여 침해된 국민의 법익 또는 국민에게 발생한 손해가 어느 정도 심각하고 절박한 것인지, 관련 공무원이 그와 같은 결과를 예견하여 그 결과를 회피하기 위한 조치를 취할 수 있는 가능성이 있는지 등을 종합적으로 고려하여 판단”해야 한다고 밝히고 있다. 사안이 상기 요건을 충족하였는지를 ‘종합적으로 고려’한 법원은 2007다64365 판결에서 공무원이 법령을 위반하여 국가에게 배상책임이 인정된다는 결정을 내렸다.

#### 나. 제반 요소들의 종합적 고려

2007다64365 판결에 이르기까지 두 과정의 작업이 진행된다. 먼저 국가배상법 제2조의 ‘법령을 위반하여’라는 문언의 의미를 해석함에 있어서, 2002다53995 판결 등은 법령을 위반하였다는 의미를 가급적 넓게 인정하기 위해서 공무원의 부작위가 국민의 법익에 절박하고 중대한 위험상태를 야기하는 경우 해당 부작위는 불법이 될 수 있는 요건을 설시하였다. 그리고 2002다53995 판결은, ‘인권존중, 권력남용금지, 신의성실’의 준칙을 지키지 않은 공무원은 그러한 요건을 충족하여 법령을 위반한 경우에 해당된다.

사안의 제반 요소를 고려하여 적합한 판결 - 그 결정 내용에 있어서는 사회 대부분이 충분히 수긍할 결정 - 이 내려졌음에도 불구하고 ‘법령’이라는 단어의 사전적 의미를 감안할 때 이 판결은 해당 언어의 개념 범주를 과도하게 확장한 것이 아닌가 하는 비판이 가능하다. 또한 2007다64365 판결이 선례로서 직접 인용하고 있는 2002다53995 판결에서 실시한 논리구조- 공무원의 부작위가 국가배상책임 대상이 되는 경우 -에 따라, 해당 요건이 충족되었는지에 관해서는 세부적인 논증을 진행하지 않고 있다. 물론 간접적으로 해당 요건이 충족되었다고 추론할 수 있을 것이나, 언어의 개념을 확장하여 법령 위반을 인정하고 있는 상태에서 선례로서 논급한 판결에서 실시된 요건이 충족되었음을 보다 명시적으로 밝힐 필요성이 있다고 할 것이다.

### 3. 법률 언어의 재정의 : 소멸시효 기산점

상기의 경우처럼 법원이 법문언의 뜻을 사전적 의미 이상으로 확장하여 결정을 내리는 경우가 존재한다. 또한 법률 조항에서 사용된 언어의 의미를 일상의 용례를 뛰어넘어 상세하게 정의함으로써 - 사실상 ‘재정의’를 함으로써 - 판결을 산출하는 경우도 존재한다.

법 언어의 사용에 있어서 입법부와 사법부에는 묵시적 의무와 요청이 존재한다. 입법부는 법 언어를 만들고 개정함에 있어서 가급적 명료하고 정확한 언어를 사용하여 불필요한 오해의 여지를 최소화해야 한다. 또한 사법부는 입법자가 선택한 단어를 재정의하는 일이 없어야 한다. 입법자가 선택한 단어가 너무나 모호하여 그 의미에 관한 풀이가 필요하지 않은 이상, 입법자가 사용한 언어를 재정의하는 것은 사법부에서의 법규범 변형, 보다 부정적으로 표현하면 임의적 조작으로 비칠 염려가 있기 때문이다.

그러나 우리 판례에서는 의회에서 선택한 언어가 모호하지 않은 경우에도 단어의 재정의를 통해서 특정한 방향성을 지닌 결정을 산출하는 모습을 볼 수 있다. 여러 판례에서 관찰되는 이러한 태도를 두드러지게 확인할 수 있는 경우는 소멸시효의 기산점에 관한 법원의 해석 및 산업채해의 직무관련성에 관한 해석이다.

민법 제766조에서 규정한 단기 소멸시효의 기산점은 가해자를 ‘안 날’로부터, 장기 소멸시효의 기산점은 ‘불법행위를 한 날’로부터 진행한다<sup>274)</sup>. 우리나라 법원은 ‘안 날’과 ‘한 날’이라는 문언의 의미를 해석하면서 법원의 정의를 제공함으로써 일정한 결과를 산출하고 있다. 우선, 장기 소멸시효의 기산점을 해석함에 있어서 법원은 ‘불법행위를 한 날’이라

---

274) 민법 제766조(손해배상청구권의 소멸시효) ① 불법행위로 인한 손해배상의 청구권은 피해자나 그 법정대리인이 그 손해 및 가해자를 안 날로부터 3년간 이를 행사하지 아니하면 시효로 인하여 소멸한다.

② 불법행위를 한 날로부터 10년을 경과한 때에도 전항과 같다.

는 법문언의 뜻을 불법행위를 저지른 날이 아니라, 그로 인한 손해의 결과가 발생한 날로 해석한다. 민법 제766조의 법문언은 ‘원인(原因)시점’으로 표현되어 있으나 판례는 법문언의 외형적 지시와는 달리 그 의미를 오히려 ‘결과(結果)시점’으로 새기고 있다.

“민법 제766조제2항에서 정한 장기소멸시효의 기산점이 되는 ‘불법행위를 한 날’은 가해행위가 있었던 날이 아니라 현실적으로 손해의 결과가 발생한 날을 의미하며, 현실적으로 손해가 발생하였는지 여부는 사회통념에 비추어 객관적이고 합리적으로 판단하여야 한다(대법원 2016. 5. 19., 선고, 2009다66549, 전원합의체 판결)”

‘불법행위(不法行爲)를 한 날’을 글자 그대로 문리해석하면 가해행위가 발생한 날을 의미한다. 하지만 원인과 결과 간의 시차(時差)로 종종 발생하는 피해구제의 어려움을 완화하기 위해서 법원은 소멸시효의 기산점을 최대한 뒤로 늦추어 설정한다. 장기 소멸시효의 기산점의 의미를 손해 ‘결과가 발생’한 날로 새기면서, 그러한 발생은 ‘현실적 발생’을 의미한다고 말한다. 더욱이, 손해 결과를 현실적으로 판별 가능한 시점은 ‘사회통념에 비추어 객관적이고 합리적으로 판단’하여야 한다고 실시하고 있다. 다시 말해서, 손해의 ‘현실적 발생’ 시점은 사회통념에 비추어 유동적으로 판단 가능하다는 의미이다.

법원은 2009다66549 판결에 앞서, 손해의 ‘결과발생이 현실적인 것’이 되었다면 피해자의 주관적 인식은 소멸시효 진행에 영향을 미치지 않는다는 판결을 내린 적도 있으나(2004다71881 판결)<sup>275)</sup>, 2009다66549 판결에서는 ‘사회통념에 비추어’라는 논리를 부가하여 기산점 판단에 사안 여건을 종합적으로 고려할 여지를 부여하였다.

275) 대법원 2005. 5. 13. 선고, 2004다71881 판결

불법행위에 기한 손해배상채권에 있어서 민법 제766조 제2항에 의한 소멸시효의 기산점이 되는 ‘불법행위를 한 날’이란 가해행위가 있었던 날이 아니라 현실적으로 손해의 결과가 발생한 날을 의미하지만, 그 손해의 결과발생이 현실적인 것으로 되었다면 그 소멸시효는 피해자가 손해의 결과발생을 알았거나 예상할 수 있는가 여부에 관계없이 가해행위로 인한 손해가 현실적인 것으로 되었다고 볼 수 있는 때로부터 진행한다.

단기 소멸시효의 기산점이 되는 ‘안 날’의 의미 역시 법원이 개념적 정의를 제공함으로써 일정한 판단기준을 설정하고 있다. 2013년 선고된 베트남전쟁 고엽제 피해 손해배상청구 판결은 소멸시효에 관해서 성문법이 말하지 않은 상세한 부가설명을 제공한다. 해당 사건에서 대법원은 피해자의 주관적 인식은 구체적이고 확실한 수준에 이르러야 소멸시효가 진행된다면서 다음과 같이 판시하였다.

“민법 제766조 제1항은 (...) 여기서 ‘손해 및 가해자를 안 날’이란 피해자나 그 법정대리인이 손해 및 가해자를 현실적이고도 구체적으로 인식한 날을 의미하며, 그 인식은 손해발생의 추정이나 의문만으로는 충분하지 않고, 손해의 발생사실뿐만 아니라 가해행위가 불법행위를 구성한다는 사실, 즉 불법행위의 요건사실에 대한 인식으로서 위법한 가해행위의 존재, 손해의 발생 및 가해행위와 손해 사이의 인과관계 등이 있다는 사실까지 안 날을 뜻한다. 그리고 피해자 등이 언제 불법행위의 요건사실을 현실적이고도 구체적으로 인식한 것으로 볼 것인지는 개별 사건의 여러 객관적 사정을 참작하고 손해배상청구가 사실상 가능하게 된 상황을 고려하여 합리적으로 인정하여야 하고, 손해를 안 시기에 대한 증명책임은 소멸시효 완성으로 인한 이익을 주장하는 자에게 있다(대법원 2013. 7. 12., 선고, 2006다17539, 판결요지).”

해당 판결은 2004다71881 판결과 미묘하게 상충한다. 일견 2004다71881 판결은 민법 제766조제2항의 장기 소멸시효의 진행에 관한 판결이며, 2006다17539 판결은 민법 제766조제1항의 단기 소멸시효 진행에 관한 판결로 보이나, ‘손해 결과의 현실화’ 시점이 언제인지 판단함에 있어서 피해자의 주관적 인식이라는 내면적 사정을 고려할 것인지를 두고서 본질적으로 동일한 대상을 다루면서 상이한 판단을 보인다.

2004다71881 판결의 논리는 손해의 결과발생이 현실화 되었다면 그에 관한 피해자의 주관적 요소는 소멸시효 완성에 영향을 미치지 않는다고 판시하고 있다. 이 판결의 논리를 고엽제 손해배상청구 사건(大判 2006



다17539)에 그대로 적용하면 대다수 피해자의 경우 고엽제 노출로 인한 손해 결과발생이 예전부터 현실화되었기 때문에 소멸시효가 완성되었다는 결론이 도출될 수 있다. 그러나 2006다17539 판결은 장기 소멸시효에 관해서는 특별한 논급을 하지 않으면서 단기 소멸시효의 기산점인 ‘안 날’의 의미를 풀이하면서 ‘현실적이고 구체적 인식’, 즉 피해자가 인과관계 확인 및 행위의 불법성 이해, 가해자 특정 등을 모두 명료하게 인식한 날이 기산점이 된다고 한다. 대법원의 논리는, 손해의 결과발생이 현실화되었다고 하더라도, 피해자 내지 그 법정대리인이 ‘손해의 발생사실 뿐만 아니라 가해행위가 불법행위를 구성한다는 사실, 즉 불법행위의 요건사실에 대한 인식으로서 위법한 가해행위의 존재, 손해의 발생 및 가해행위와 손해 사이의 인과관계 등이 있다는 사실까지 안 날’이 소멸시효의 기산점이라고 판단함으로써 소멸시효의 진행 및 완성에 필요한 조건을 추가하여 설시함으로써 한층 더 엄격한 입장을 취한다.

베트남 전쟁 당시 강한 독성의 고엽제를 살포한 행위를 한 이후로 이미 오랜 기간이 경과하였고, 고엽제 노출로 인한 피해가 발병한 이후로도 수십 년의 시간이 경과하였다. 민법 제766조제1항의 단기 소멸시효 내지 제766조제2항의 장기 소멸시효 중 먼저 그 기간이 도과하는 것을 기준으로 소멸시효는 완성된다. 해당 사안에서 주관적 인지 시점을 기준으로 하는 단기 소멸시효와 달리 장기 소멸시효는 장기 소멸시효는 이미 완성되었다고 할 것이다. 그러나 법원은 제766조제1항의 소멸시효 기산점을 배상청구 주체의 정확하고 구체적인 인지 시점을 기준으로 하여 최대한 뒤로 늦추는 논리를 적용하면서 단기 소멸시효가 완성되지 않았다고 판시한다.

만약 민법 제766조의 불법행위 손해배상청구권 소멸시효 규정을 법 문언 그대로 해석하면, 베트남전 참전 피해자들은 소멸시효 때문에 청구권을 행사할 수 없게 된다. 이러한 이유에서인지 법원은 제1항의 단기 내지 제2항의 장기 소멸시효 중 기간이 먼저 도과하는 시점을 기준으로 소멸시효 완성 항변이 가능하다는 일반적 법리에도 불구하고, 제2항에 관

해서는 침묵하고<sup>276)</sup> 제1항에 관해서 보충 법리를 생성함으로써 정책적인 판단을 내린다. 해당 판결에서 법원은 장기 소멸시효의 완성 여부에 관해서는 침묵하고 있으나, 앞서 살핀 바와 같이 2009다66549 판결은 장기 소멸시효의 기산점을 ‘사회통념에 비추어’ 판단하여야 한다고 함으로써 장기 소멸시효의 기산점을 보다 ‘유연하게 풀이’할 길을 열어둔다.

이처럼 법원은 ‘안 날’의 경우에는 법문언에 등장하는 용어에 상세한 내용을 부가함으로써 그 개념을 확장하고, ‘한 날’의 의미를 풀이함에 있어서는 일반 용례에 비추어 볼 때 통상적이지 않은 뜻 - 원인행위 기준 이 아니라 결과발생 기준이라는 - 을 부여함으로써 일정한 결정을 내리고 있다. 법원이 이와 같이 문언의 의미를 확장·상술하는 방식으로, 특정 법조항의 효력을 조절·제한하기 위하여 상세한 조건을 부가하는 보충 법리를 생성하거나 혹은 관련 법률 조항에 비통상적인 새로운 의미를 부여하는 것은, 해당 사안에 관한 정책적 고려 때문이라고 볼 수 있다.

베트남 전쟁의 고엽제 피해를 비롯한 여러 손해배상청구 사건에서 민법의 소멸시효 규정을 법문언 그대로 해석하고 적용하는 경우에는 피해자 구제 가능성이 축소된다. 소멸시효 기산점에 관한 비교적 단순한 법문언에 상세한 조건을 부가하여, 해당 법문언의 의미를 구체적으로 개발·충전함으로써 소멸시효의 진행이 어려워지고 소멸시효 도과가 ‘제한’되는 결과가 도출된다. 문리해석 결과가 지나치게 가혹한 일이 됨을 우려한 법원으로서의 구체적 사안의 정의에 합치하는 결정, 다시 말해서 법원이 사회·정책적 측면을 고려하여 합당한 결정을 내리기 위한 노력이 반영된 결과라고 할 것이다.<sup>277)</sup>

---

276) 여러 가지 주관적 조건의 충족을 요구하여 소멸시효 진행을 늦출 수 있는 제1항과 달리, 제2항의 경우에는 외부에 드러난 객관적 사실로 소멸시효가 완성되는 것이기 때문에 법원이 이들을 구제할 수 있는 논리를 개발하는 것은 쉽지 않다.

277) 근래 사회적으로 주목을 받는 일제 강제징용 손해배상 판결의 경우에도 법원은 소멸시효의 기산점을 최대한 뒤로 설정하고 있다. 강제징용 피해자들이 신일철주금(舊 신일본제철)을 대상으로 손해배상을 청구한 사건에서, 대법원은 2012년 5월 24일 선고한 환송판결(2012다12863)과 2018년 10월 30일 판결(2013다61381)에서 모두 민법상 소멸시효가 완성되지 않았다고 판단하였다.

## 제 2 절 법과 정책

### 제1항 법과 정책

#### 1. 법과 정책의 친연관계

법과 정책은 불가결한 관계를 맺고 있다. 현대사회 많은 영역에서 법률은 우리 사회에서 정책 실현을 위한 가장 강력한 수단이자 정책 내용이 가장 집약적으로 드러난 형태이다.

정책적 사고에 있어서 가장 두드러진 특징은, 정책의 ‘목적성’이다. 일반 정책학은 현실의 문제 해결을 위한 처방적 학문으로서, ‘문제 지향적(problem-oriented)’인 성격을 지니며, 사회 문제에 대하여 정치 체계가 내린 권위적 결정이라고 정리 가능하다<sup>278)</sup>. 정책학은 정책 과학으로서의 속성 때문에 ‘미래 예측’을 당연한 요소로 포함한다<sup>279)</sup>. 즉, 정책학은 미래에 달성하고자 하는 ‘정책목표<sup>280)</sup>’를 필수적인 개념 요소로 포함하며, ‘미래의 바람직한 목표’를 이룩하기 위한 과학적인 수단으로서의 정책은 규제정책, 재분배정책, 배분정책, 구성정책으로 크게 유형을 구분(Lowi)할 수 있다.

라스웰(Lasswell)은 그의 저서, 「The Policy Orientation(1951)」에서, 정책을 “사회 변동의 계기로서 미래 탐색을 위한 가치와 행동의 복합체”

---

278) David Easton의 정의에 의하면, 정책은, “사회 전체를 위한 가치들의 권위적 배분(the authoritative allocation of values for the whole society)”으로서 “정치 체계가 내린 권위적 결정” 혹은 “권위적 산출물의 일종”이다.

(Easton, The Political system : an inquiry into the state of political science, 1971. p.120)

279) 정책학은 정책철학과 정책과학의 내용적 결합으로서, 정책적 결정은 합리적 결정(rational decision)과 정치적 결정(political decision)으로 구성된다.

280) 정책목표의 개념은, “정책을 통하여 달성하고자 하는 소망스러운 상태(Etzinoni, 1964)” 내지는 “현재는 존재하지 않으나 정책을 통하여 미래에 있어서 발생하도록 하고자 하는 상태(Warner, 1967)”으로 정리된다.

또는 “목표와 가치 그리고 실재를 포함하고 있는 고안된 계획”이라고 정의한다.<sup>281)</sup> 또는 정책을 “바람직한 사회상태를 이룩하려는 정책목표와 이를 달성하기 위해 필요한 정책수단에 대하여 권위 있는 정부기관이 공식적으로 결정할 기본방침<sup>282)</sup>”으로 정리할 수도 있을 것이다.

이러한 정책의 문제해결 및 목표지향적 성격은, 통상적으로 법이 ‘당위’의 영역이고 정책은 현존 ‘사실’의 문제라고 하여 양자를 이원적으로 이해하는 틀을 가져오기도 한다.<sup>283)</sup> 하지만, “정치와 정책이 있으면 반드시 법이 뒤따르게 되는” 형식으로 법은 정책의 규범적 근거를 제공함과 동시에 한계를 설정하고 있다<sup>284)</sup>. 예컨대 다음과 같이 손해배상 제도에

281) 라스웰(Lasswell)의 제자인 드로호(Dror) 역시 정책을 “정부 기관에 의하여 결정된 미래의 활동지침(1983)“이자 “공식적인 목표로 최선의 수단에 의한 공익의 달성”이라고 정리한 바 있다. (Dror, Yehezke, "New Advances in Public Policy Teaching," Journal of Policy Analysis and Management, 2(3), 1983)

282) 노화준, 정책학원론, 2014, p.35

283) 최송화, 법과 정책에 관한 연구, pp.84-85

“법과 정책에 대한 개념적 관계를 생각해 볼 때, 또 한 가지 문제될 만한, 있을 수 있는 주장은, 법은 Sollen의 세계에 있고 정책은 Sein의 세계에 있으므로 양자 사이에 교류되어지는 현상은 법적 현상으로서 다루어질 수 없다는 논리이다.

이러한 존재/당위 이원론의 입장은 물론 납득할 만한 타당성의 기반을 가지고 있다. 그러나 그 의미는 보다 분명히 해둘 필요가 있는 것 같다. 즉, 당위명제는 존재에서 도출될 수 없고 보다 높은 당위에서 나올 수 있을 뿐이라는 것은 세계가 없어도 “해야 한다” ‘해서는 안 된다’라고 하는 당위명제가 존재할 수 있다는 의미는 아닐 것이다. 세계가 없을 지라도 당위의식은 존재할 수 있겠지만 규범으로 주어질 수 있는 당위명제의 세계라는 존재가 없는 처지에 무슨 의미가 있을 것인가? 물론 당위가 존재에서 추출되지는 않지만 존재에 당위의식이 작용하지 않을 때 당위의식 자체의 존재에도 불구하고 당위명제는 성립할 수 없을 것이다. 즉, 존재에 당위의식이 작용할 때 비로소 어떤 당위명제가 존재의 격률로서 탄생되어진다는 것이다.

이와 같은 논의는 법과 사회적 현실 간의 관계에서도 타당할 것이다. 현실에서 막바로 법규범이 도출된다는 것은 누구도 인정하기 곤란할 것이다. 그러나 어떤 주어진 현실에 모종의 삶의 결단 또는 의지(당위의식)가 부딪힐 때 구체적인 생존의 격률로서 법규범이 탄생하는 것이다. 즉 ‘사실상 무엇이 행해지고 있다는 현실’에 ‘삶의 결단 또는 의지’가 작용하게 되면 여기에서 비로소 ‘무엇이 어떻게 행해져야 할 것’이라는 당위명제(삶의 법칙 또는 격률)’가 탄생한다는 것이다. (...) 정책은 결코 Sein의 세계에만 관계되어 있는 것이 아니라 오히려 Sollen의 세계의 형성에 결정적인 역할을 하는 것으로서 Sollen의 세계의 온전한 이해와 운용을 위해서, Sollen의 세계의 관점에서도 반드시 고찰해야 할 필요성이 있고 또한 그 고찰의 정당성도 충분히 인정될 수 있다는 논리가 성립될 수 있는 것이다.”

284) 박정훈, 환경법상 기본원칙들의 법이론적 분석: 법적 성격과 방법론적 기능을 중심으로, p.2

“이는 근본적으로 ‘정치와 법’의 관계에 관한 문제로서, 정치와 법은 서로 분리되어

있어서 법과 정책은 분리하기 어려운 성격을 가지고 있다.

손실보상적 이론 구성이 선호되는 것은 사법적으로는 과실의 입증이 어렵기 때문에 손실보상적 이론 구성을 하기도 하지만, 행정의 정책대응적 입장에서 적절한 대응이라고 판단된다. 즉, 손실보상적 이론 구성을 하는 것은 과거의 손실 전보라고 하는 점에서는 회고적(backward looking)인 법적 판단이지만(이 점은 손해배상의 이론구조와 같다), 예방접종사고의 경우 집단적 피해가 많고, 집단적 피해의 경우에는 피해구제를 위한 제도적 보호막의 창설이라고 하는 형태의 전향적(forward looking)이 행정·정책적 대응을 유도하기 때문이다. 전향적 대응은 분배적 원리를 충실히 반영할 수 있는 대응방법이다<sup>285)</sup>.

하지만 법적 결단과 정책적 결정의 차이가 무엇인지에 관하여 상술함으로써 법과 정책의 관계를 보다 정확하게 파악할 필요가 있다. 법과 정책에 관한 논의는 다양하게 전개되어 이를 일시에 소개하는 것은 어려운 일이나, 국내외 대표적인 논의를 다음과 같이 정리함으로써 법정정책의 속성에 관한 이해의 수월성을 도울 수 있을 것이다.

## 2. 현대사회의 법규범

법원의 정책결정자로서의 역할은, 현대 법규범의 성격이 자원배분 규범으로서의 성격을 지님으로 인하여 더욱 강화된다.<sup>286)</sup> 법원의 정책적

---

연결될 수 없는 영역이라고 하는 것과 다름없다. 그러나 정치(정책)는 구체적으로 법의 모습을 어떻게 형성할 것인가에 관한 결단 내지 결정의 과정이고, 법은 일차적으로 그 정치적 결단과 정책적 결정에 법적 한계를 부과함과 동시에 이차적으로는 구체적인 정책적 결정을 규범화함으로써 향후의 정책결정에 규범적 방향을 제시하는 역할을 한다. 말하자면, 정치와 정책이 있으면 반드시 법이 뒤따르게 되는 것이다.”

285) 이호용, 법해석과 법정정책의 관계, p.80

286) 강동욱, “법정책학의 의의와 과제”, pp. 275-276

“일반적으로 법률의 고전적 이미지는 민법·형법으로 대표되는 것처럼 사람과 사람 간의 권리·의무를 정하고, 권리침해에 대해서는 구제를 하고, 의무위반에 대해서는 제재를 가한다는 것이었다. 그러나 오늘날 사회발달에 수반하여 국가나 공공단체가 해야 할 일정한 정책목표를 달성하기 위하여 필요한 자원의 조달·배분에 관한 계획·절차를 정한 기술적인 법률이거나 또는 법원에 의한 권리·의무의

사고에 대한 요청은 현대사회의 특성을 감안하면 더욱 커진다<sup>287)</sup>. 따라서 법원의 판단 과정을 이해하기 위해서는 법원의 정책적 사고에 관한 분석이 필요하다<sup>288)</sup>.

현대 사회의 법을 관찰할 때, 성격의 두드러진 변화가 관찰된다. 이에 따라 다음처럼 법규범의 적합한 해석을 위해서는 ‘효율’이나 ‘목적 달성’ 등의 정책적 사고가 한층 더 요청된다고 할 수 있다.

법규범은 종래의 권리·의무 확정적인 성격에서 탈피하여 임무부여적·문제 해결적 성격을 강하게 띠고 있다. 그런데 이러한 성격을 가진 법규범의 정립과 그 해석에 있어서는 전통법학에서 고수하는 ‘정의’라는 가치뿐만이 아니고 ‘효율’이나 ‘목적달성’이라는 가치도 반영될 것이 필요하게 된다.<sup>289)</sup>

히라이 요시오는 법의 현대적 특질에 관한 분석을 통해 법정책학의 의의를 강조하였다. 히라이 요시오는 소송, 제정법, 법률가의 세 가지 측면

---

판단을 제1차적으로 예정하고 있지 않은 법률이 대폭 등장하게 되었다. 이러한 자원배분규범의 입법에서는 기존의 권리·의무규범에 있어서 법기술의 응용 또는 그것과의 적합성에의 배려라고 하는 것과 같은 전통적인 법률학의 기술도 중요하지만 그것과 더불어 일정한 목적을 달성하기 위하여 희소한 자원을 어떻게 배분하는 것이 효율적인가라고 하는 경제학적·경영학적·공학적인 내지 기술을 이해하면서 그것을 입법으로 매개하기 위한 이론과 기법이 요구되었다. 따라서 입법에 종사하는 자에게도 자원배분규범을 창출하기 위한 입법기술을 체득할 것이 요구되었고, 이러한 자원배분규범을 어떻게 설계하는가에 관한 이론은 제정법상의 이론뿐만 아니라 다수인의 이해에 영향을 주는 조직을 통제하는 곳에서 조직의 의사결정에 있어서도 필요하게 되었다.”

287) 최송화, 법과 정책에 관한 연구, p.88

“종래의 법학적 도그마틱(Dogmatik)에 있어서는 주어진 가치판단과 주어진 질서 하에서의 ‘체계적 사고’가 중심이 되어 왔기 때문에 오늘날과 같이 사회현상이 동태적이면서 다양하고, 국가 활동이 종래의 도그마틱에 의해 파악할 수 있는 것보다도 훨씬 넓은 효과를 가지고 있는 현실 하에서 계속적으로 ‘문제적 사고’를 요구하는 정책의 관점을 수용할 수 있는 여지가 별로 없다.”

288) 법적 결정이 곧 사회정치적, 정책적 결정이기도 함은 헌법재판소의 대통령 탄핵소추 판결, 병역거부 대체복무 인정 여부에 대한 결정 등에서 확인 가능하다. 그러나 헌법재판소의 위상과 그 결정의 속성 자체가 사회정책적인 성격을 강하게 내포할 수밖에 없다. 이 글은 법원의 ‘정책적 판단’을 분석하기 위하여, 헌법재판소가 아니라 일반 법원에서 ‘정책적’ 결정을 내리는 경우를 대상으로 글을 진행한다.

289) 최송화, 법과 정책에 관한 연구, p.81

에서 현재 사회의 변화를 정리하였다. 히라이가 분석한 현대 사회의 특성은, ①정책지향형 소송의 등장(소송), ②권리·의무 규범에서 자원배분 규범으로 변화하는 법의 성격(법규범), ③법률가의 역할이 분쟁해결 과정에서 도움을 제공하는 소송 전문가이기보다는 계획 실현을 법적으로 검토하고 교섭에 의하여 분쟁을 미리 예방하고 해결하는 역할을 한다는 것(법률가)이다. 히라이의 분석 중, 법규범이 자원배분 규범으로 변모하고 있다는 내용과 법률가의 역할이 입안단계에서의 계획검토와 분쟁예방이라는 점도 중요하나, 소송의 성격 변화에 대한 분석이 지니는 의의가 더욱 두드러진다.

기존의 소송처럼 분쟁을 해결하기 위한 소송이 아니라, ‘정책지향형’이라는 새로운 유형의 소송은, 한정된 소송 당사자를 대상으로 하는 기존의 분쟁지향형 소송과 비교할 때, 정책지향형 소송은 사회 전반에 넓고 깊은 영향을 미치는 소송<sup>290)</sup>이기에 사회 구성원 모두를 위한 정책으로서의 성격을 지닌다. 정책지향형 소송은 다수의 잠재적 당사자의 이해를 결정하는 소송이기 때문에, 해당 사건에서 결정을 내리는 법관은 ‘올바른’ 제도 내지는 ‘바람직한’ 정책을 재판의 기준으로 삼아야 한다<sup>291)</sup>. 따라서 정책지향형 소송에서 법관은 ‘올바른’ 정책 내지는 ‘바람직한’ 제도

290) 히라이 요시오, 現代法律學の課題, 24頁

291) 이호용, 법해석과 법정책의 관계, p.77-79

“정책지향형 소송은 재판이 갖는 정책적 효과를 기준으로 다음 두 가지 유형으로 구분할 수 있다. 그 중 하나는 판결 그 자체에 정책적 효과가 있는 경우이고, 나머지는 판결이나 결정으로부터 직접 정책적 효과를 기대하는 것이 아니라 소송을 제기하는 것이나 법정에서 변론하고 다투는 소송과정으로부터 사실상의 정치적, 정책적 효과가 발생하는 경우이다. 두 번째 유형은 정책의 형성·변경 프로세스를 위하여 재판제도를 하나의 포럼으로 이용하는 경우이며, 이것은 행정·입법 기능이 점차 제 구실을 하지 못하는 상황 속에서 행정·입법에 보충적 기능을 하는 현대적 소송의 중요한 기능 중 하나이다. 왜냐하면 정책지향형 소송은 기존의 정책이나 제도에 대한 비판의 장(場)으로서 또는 정책형성과정에서 참가의 장(場)으로서 설정되기도 하기 때문이다.

(…) 집단소송형이나 잠재당사자형 소송은 소송 자체가 전통적인 이론구조 속에서 행해진다는 점에서 시장 메커니즘과 같지만 판결이 갖는 정책적 효과는 시장 메커니즘형보다 직접적이다. 실제로 정책지향형 소송 중에는 집단소송형이나 잠재당사자형 소송이 가장 많다. 그것은 고전적인 법해석의 방법을 취하면서 거기에 정책적 고려가 개입한 것이라는 점에서 법해석으로부터 법정책으로 법의 중심이 이동하는 흐름 속에서 파악되는 전형적인 소송유형이라 할 수 있다.”

를 구상하고 선택·판단하는 ‘정책결정자’의 역할을 수행하게 된다.<sup>292)</sup>

법원의 ‘정책형성’ 기능은 입법과 행정의 차원에서 이루어지는 가치와 이익의 조정·배분이 불충분하기에 한층 더 요청된다. 입법과 행정 과정에서 가치·이익의 재조정에 불만을 가진 사람들이 법원이 보다 만족스러운 재조정을 해주기를 바라며 이전과는 다른 성격의 사법작용을 주문하고 있기 때문이다.

“재판의 본래적 기능은 기왕에 발생한 구체적 분쟁을 사후적·개별적으로 해결하여, 궁극적으로 권리의 실현이나 구제에 이바지하는데 있다. 그러나 현대의 급격한 사회적·경제적 상황의 변화, 가치관이나 이해관심의 분열 및 다원화 그리고 가치·이익의 배분이나 대립상황 또는 정치적·사회적 세력관계의 유동·복잡화 현상은 앞에서 지적한 바대로 동태적인 법이론에 대한 필요성을 제고시키고 있고 나아가 판결 등의 사법작용에 대해서도 전과 다른 기능 수행을 요청하고 있다. 즉, 현대의 동태적 사회상황 하에서는 가치·이익의 조정·배분은 계속적인 재조정이 요구되는데 이러한 재조정은 입법·행정 차원에서 이루어지는 것이 원칙이지만 입법·행정 차원에서 이루어지는 조정을 만족스럽게 생각하지 못하는 사람들은 이러한 문제를 법원에 가져오게 된다. 그러나 이러한 문제는 본질적으로 정치적·정책적 문제의 성격을 띤 분쟁이 법적 문제로서 법원에서 다루어질 경우, 재판에 기대되는 역할은 단순히 기존의 법원칙에 준거하여 구체적 분쟁을 사후적·개별적으로 해결하고 피해를 법적으로 구제하는 것에 그치는 것이 아니라 바로 입법·행정 차원에서 기대할 수 없는 권리구제적 의미를 가진 정책형성의 보충적 역할을 수행할 것에 이르게 된다.<sup>293)</sup>”

하지만 유의해야 하는 점은 법원의 정책형성 기능은 불가피하지만, 그 자체로 이상적인 것은 아니라는 점이다. 헌법적 설계에서 바라볼 때 법원의 기능은 의회가 설계한 법률을 통한 분쟁의 해결이다. 법원의 민주

---

292) 히라이 요시오, 法政策學, 6-7頁

293) 최송화, “법과 정책에 관한 연구: 시론적 고찰”, pp.87-88



적 대표성 결여는 법원의 정책형성 기능을 비판하는 주된 논거가 되며, 이보다도 더욱 취약한 점은 무엇보다도 법원의 정치적 책임성(political responsibility) 부족이 그 이유이다. 법원은 사회적으로 영향을 미치는 판결을 내림에도 불구하고, 법원에 대한 정치적 책임을 묻지는 않는다. 이는 결정의 권한을 과도하게 누림에 반하여 그에 상응하는 책임이 주어지지 않기 때문에 문제가 된다.

### 3. 법정책의 의미

법정책의 정확한 의미에 관해서 아직 보편적인 개념 정의는 없다. 다만, 법과 정책이라는 구성요소 양자를 강조하여, ‘법학에 대한 정책적 접근’ 혹은 ‘정책에 대한 법적 통제’로 이해하거나(최송화), ‘법학적 측면에서 법의 정책적 측면에 초점’을 두는 경우와 ‘정책학적 측면에서 법현상에 접근’하는 경우(홍준형)로 이해하는 방식이 수용되고 있다. 하지만 개념 정의의 개방성 혹은 불완전성에도 불구하고 법정책학은 일반 정책학과 구분된다. 법정책에 관한 연구는 일반 정책학에서 법을 단순한 정책수단 내지 정책의 결과물로 접근함에 비하여 보다 종합적인 이해방식을 취하며<sup>294)</sup>, 연구의 방법에서도 차이가 존재한다.<sup>295)</sup>

또한 기존의 법학과 법정책학을 비교할 때<sup>296)</sup>, 법정책학은 경험적 연

294) 강동욱, 법정책학의 기본문제, p.33

“즉, 정책학에 있어서 ‘법’은 주로 정책을 실현하기 위한 수단이나 정책결정의 산물로서만 고려되는데 반해, 법정책학에서는 ‘법’을 사회과학적 인식의 대상으로 삼아 정책의 제도적 연구, 정책결정이 이루어지는 과정인 동시에 정책과정의 산물로서 파악한다.”

295) 노기호, 법정책학의 학문적 성격과 연구방법, p.59

“법정책학이 법에 대한 정책학적 접근 내지 분석이라고 하여 정책학의 연구방법을 그대로 차용하여 쓸 수는 없다. 왜냐하면 법정책에는 법이라는 정태적이고 규범적인 요소가 내포되어 있다는 점이 정책학과는 다르기 때문이다. 따라서 법정책학의 연구에 있어서는 정책학적 연구방법 이외의 다른 사회과학적 방법들을 원용할 수 있을 것이다.”

296) 예컨대 법철학과 법정책학의 연구 대상과 방법을 비교할 수 있겠다. 드워킨에 따르면, ‘법의 근거(the grounds of law)’에 집중하는 것이 법철학이며, ‘법의 효력(the force of law)’의 문제를 다루는 것은 정치철학의 일이지 법철학의 일은 아

구방법을 강조한 ‘법에 관한 경험과학<sup>297)</sup>’의 속성을 지니고 있다. 현대 사회에서 법의 두드러진 성격에서 많은 변화가 감지된다. 보다 차별화된 연구 방법이 요청되고 있다<sup>298)</sup>. 법정책에 관한 연구는 다음과 같이 정리 가능할 것이다.

“법정책학은 법과 정책, 법정책에 관련된 문제해결을 위한 처방적 학문으로서 넓은 의미의 법학의 다른 분야와 구별된다. 즉, 법정책학은 문제 해결에 관심을 갖는 실용성<sup>299)</sup>을 특징으로 하고, 제도에 대한 관심을 그 내용으로 하고 있으며, 법에 관한 사회과학적 접근뿐만 아니라 전통적인 법학의 연구방법론과 성과들을 법사실로서 고려한다는 점에서 학제간 연구가 필요한 독특한 학문으로서 성격을 가지게 된다.<sup>300)</sup>”

법정책학은, “법 목적의 실현을 위한 가장 유효하고 효율적인 법 기

---

나라고 하였다. 그러나 법정책학은 법의 효력에 관한 연구를 포함하여, 정치학 및 사회학 등의 다양한 접근방식을 활용하여 법에 관한 경험적 연구를 진행한다.

297) 노기호, 전제서(주294), p.51

“법정책학은 정치과정 속에서 정책으로서의 법의 영향 내지 작용을 연구대상으로 하며, 법정책의 결정과정 속에 존재하는 일반적인 원칙(discipline)을 밝혀내는 것을 과제로 삼는다. 한편 법정책학은 그 방법에 있어서 경험적(empirical) 방법에 의거한다. 경험적 방법이란, 경험에 근거하여 여러 사실을 관찰하고, 관찰된 사실을 정리하여 경험적 사실의 상호관계에 관하여 가설을 결정하며, 이를 다시 경험적 사실에 의해 검증하여 일정한 법칙을 발견해 가는 것을 말한다. 이와 같이 경험적 방법에 의거한다는 법에서 법정책학은 ‘법에 관한 경험과학’이라고 할 수 있고, 법현상에 관한 경험과학의 하나라는 점에서 그 밖의 경험과학적 접근(법사회학, 법인류학, 법심리학, 법경제학 등)과 성격을 같이 한다.

298) 최송화, 법과 정책에 관한 연구, p.81

“‘정책’은 이미 우리 헌법의 여러 조문에서도 수차 등장하고 있으며, 정책, 시책, 방침 등의 용어를 사용하면서 정책의 수립과 집행임무, 국가의 정책과 지방자치단체의 정책 간의 관계, 절차 등에 관하여 규정하고 있는 국가정책 내지 행정정책에 관한 법률의 입법을 통하여 실정법상의 용어가 되었을 뿐 아니라 실제로 법제정과 법해석 및 법집행의 전 과정과 관계를 가지고 있는 정책의 문제는 지금까지 법학이 축적해 온 기본적인 법정신이나 해석원리만으로는 부족한 프랙티컬(practical)한 법학적 대응이 요청된다.”

299) 실용성에 대한 강조는 여러 학자의 글에서 공통적으로 관찰된다.

“미국에서의 법과 정책의 논의는 어떠한 연역적 논리와 도그마틱에 근거한 것이 아니라 법 이론의 자연적인 흐름에 따라 발전해 온 것이기 때문에 법과 정책 간의 관계 설정이나 개념적 구조에 대한 규명에서 출발하지 않고 실제적인 분석에서의 문제해결 논의의 방향성을 가지고 있다고 한다.” (최송화, 법과 정책에 관한 연구, 1985, p.83)

300) 강동욱, 법정책학의 의의와 과제, p. 271

술의 체계를 과학적으로 탐구하기 위해 법률학 자체의 한계를 극복<sup>301)</sup>하는 것으로 이해하는 경우도 있는 반면, 히라이 요시오<sup>302)</sup>는 법정책을 법제도 설계이론 내지 설계기법으로 이해한다. 히라이에 따르면, 법정책학은 “우리 사회의 공공문제를 파악하고, 이를 해결하기 위한 목표를 설정하며, 그 목표를 달성하기 위한 법적 수단, 즉 법제도, 규칙 또는 절차를 설계하는 작업을 연구”하는 학문이다. 그는 “의사결정이론을 법적으로 재구성하여 현재 사회의 실정법체계와 관련짓고, 법제도 또는 법규칙의 체계를 설계하여 현재 사회가 직면하고 있는 공공적 내지 사회적 문제를 관리·해결하기 위한 제반의 방안을 제공하는 일반적인 이론 내지 기법<sup>303)</sup>”이라고 법정책학을 정의한다.

이처럼 아직 법정책 내지 법정책학에 관한 설명은 아직 형성의 과정 도중에 있는 동태적 대상에 관한 설명을 시도함으로써 확정적이기 어려운 성격을 내포한다. 법원의 정책적 판단은 “법규범의 실현이 보다 광범위한 합리성을 가질 수 있도록 하는데 그 목적이” 있다<sup>304)</sup>. 법정책에 관한 이러한 검토는 법원의 법형성 판결을 보다 거시적인 관점에서 검토할 필요가 있게 한다. 법형성 판결은 법정책적 결정이라는 측면에서 분석할 때, 법원이 보다 정당화된 결정에 도달하려는 모색이라고 이해된다.

#### 4. 법정책적 접근의 특성

법정책학은 법학의 하위 분야로서 법의 ‘규범적 현존(現存)’을 무시하

301) 강동욱, 법정책학의 기본문제 : 법정책학의 의의와 과제, 2014, p.4

302) 히라이 요시오는 “전통적인 법학에서는 법 제도를 어떻게 설계하여야 할 것인가 하는 발상은 해석론의 범위 내에서 행해지는 경우도 있을 수 있으나 원칙적으로 생기지 않는다(히라이 요시오, 1995, p.9)”라고 하면서 법정책학의 의의를 설명하였다.

303) 히라이 요시오, 법정책학, 5頁

304) 최송화, 법과 정책에 관한 연구, p.86

“정책은 궁극적으로는 어떤 공공적 목표를 지향하는 것으로서 법해석론 또는 입법론에서 이러한 정책론적 관점을 도입하고자 하는 것은 바로 법규범에 함축되어 있는 각종 정책적 요소가 그 목표를 달성할 수 있도록 함으로써 법규범의 실현이 보다 광범위한 합리성을 가질 수 있도록 하는데 그 목적이 있다.”

고 정책적 고려에 근거해서만 판단을 내릴 수는 없다. 법정책은 법원의 판단이 기초적으로 법해석에 근거하되, 법해석으로 해결되지 않는 부분, 제약이 존재하는 부분에서는 정책적 사고가 보충적으로 동원됨을 의미한다<sup>305)</sup>. 법해석에 의해서는 타당한 결정을 내리기 어려운 경우, 정책학적 사고의 도움을 받는 것으로 이해되어야 한다.

법정책적 사고는 이처럼 ①미래지향적이고 ②목표지향적인 성격을 지니고 있다. 법정책적 고려에 입각한 판결은 단순한 연역적 추론이 아니라 정책적 지향점을 반영하고 있는 것이다.

법정책은 정책 일반의 성격을 공유하기 때문에, 현존하는 법에 관한 비판적 검토를 수반한다. 법정책은 “당위적으로 존재하는 규범의 틀에서 현실해석이 아니라 있는 현실에 대한 인정과 그것의 개선방향을 정리하는 것이다.<sup>306)</sup>” 우리나라 법제에서 ‘정책’은 특정 분야의 ‘목표’를 지향하는 성격을 지니고 있다<sup>307)</sup>. 일반의 정책과 법정책은 구분 가능하다.<sup>308)</sup>

305) 강동욱(2014), 법정책학의 의의와 과제, p. 281

“다만, 법규범의 해석에 있어서 그 규범적 현존을 무시하고 정책적 고려를 남용하는 것은 법학의 학문적 존재 자체를 위협하는 요인이 될 수 있을 뿐만 아니라 법질서의 불가결한 요구의 하나인 법적 안정성과 예측가능성을 침해함으로써 사회적으로 부당한 결과를 낳을 수 있다. 따라서 전통적 법학의 인식론적 전제로서의 법규범의 객관적 존재와 그에 따른 해석론적 제약과 한계 내에서 전통적 법학의 개념적 법학적 접근만으로는 사회적 타당성을 지닌 처방을 내릴 수 없는 경우에만 정책학적 문제 이해의 도움을 받아야 하는 것으로 제한되어야 한다.”

306) 남복현(2002), 법정책의 규율형태, pp. 108-109

307) 예컨대 우리나라 현행 헌법에는 ‘정책’이라는 표현이 총 14번 등장한다. 법률 명칭에 ‘정책’이 들어간 법률로는, 대표적으로 고용정책기본법, 환경정책기본법, 물류정책기본법이 있다. 이 외에 법률명에 ‘정책’이 들어간 법령은 기관 내지 위원회의 명칭 자체에 ‘정책’이라는 표현이 들어간 기관이나 위원회·협의회를 규율하는 법령들(국회예산정책처법, 사법정책연구원 운영규칙, 정책보좌관의 설치 및 운영에 관한 규정 등)이다.

308) 법정책이 일반 정책과 구분되는 이유 중 하나는 그 연구의 대상이 사회현상 전반이 아니라 법현상이라는 것이다. 예컨대 환경정책 하위 세부분야로서 환경법정책이 존재한다. 하지만 현대사회에서 환경정책과 환경법정책의 영역 차이는 크지 않다. 대부분의 정책은 법의 형식으로 집행되거나 법의 규범적 지위까지는 얻지 않더라도 법과 연계되어 집행된다. 하지만 법과 정책 양자의 개념은 엄연히 구분되는 개념이다.

또 하나 법정책의 고유 특성은 정책수단(instrument; tool)으로서 법이라는 비자발적 정책순응(政策順應) 수단을 사용한다는 것이다. 정책학의 가장 기본적인 정의는 ‘사회문제에 대한 최선의 답을 제공하는 학문’이다. 최선의 답을 찾아서 제

입법부의 규범화 작업 역시 법정정책적 결정이나, 사법부의 법정정책 결정은 보다 제한된 대상과 의제에 관한 것이다. 법정정책학을 입법정책으로 단순하게 환원시킬 수는 없다. 본 연구에서 다루는 ‘법정정책’은 입법부의 법정정책이 아니라 사법부의 법정정책이기 때문에 판결의 제공이라는 더욱 한정적인 수단만을 가지며, 정책적 의제의 선택 또한 자유롭지 못하다.

학문의 ‘문제 지향적(problem-oriented)’인 성격은 일반 정책학이든 법정정책학이든 함께 공유하는 속성이다. 그러나 문제를 해결하기 위한 판단의 준거와 방식에서 법정정책학은 일반 정책학과 다르다고 할 것이다. 법정정책적 결정이 일반적인 정책적 결정과는 다른 이유는 판단의 준거 및 방법론의 차이라고 할 수 있다. 일반 정책학과 법정정책학의 차이는 문제에 접근하는 방식이 미래지향적인지 아니면 회고적인지 여부, 혹은 적극적인 ‘목표’를 설정하느냐 여부이다.

법정정책적 결정을 상기 정의한 바와 같이, ‘사회적·정책적 요소를 고려’하여 문제사안에 보다 합당한 결론을 도출하는 경우라고 할 때, 법정정책적 결정이 아무리 적극적인 성격을 지니고 있다 하더라도 그러한 결정에는 달성하고자 하는 바람직한 상태에 대한 청사진으로서의 정책목표 등이 존재하지는 않는다. 다만, 법정정책적 결정을 통해서 사회의 법질서를 보다 바람직한 상태로 형성하고 법원의 결정에 대한 사회적 수용성을 높이는 것이 ‘암묵적’인 목표일 수는 있으나, 이를 미래지향적인 활동 지침으로서 자리매김하는 정책학의 ‘정책목표’와는 동일하다 할 수 없을 것이

---

공하기 위하여 정책학에서는 문제의 특성과 그 맥락에 적합한 ‘정책도구(policy instrument)’를 선택하는 정책도구론이 중요한 위상을 차지하고 있다. 정책도구는 행위주체의 자발성 여부에 따라 두 가지로 양분된다. 문제의 해결·개선을 위하여 행위 변경을 가져오는 수단, 다시 말하여 정책순응 기제가 자발적인가 아니면 비자발적인가에 따라서 정책도구(=정책수단)이 구분된다. 따라서 정책도구는 강제적 수단과 비강제적 수단으로 정리 가능하다. 법정정책은 ①자유권 및 재산권의 제한과 박탈이라는 강제적 정책수단을 사용하거나, 또한 강제적(coercive) 수준에 이르지 않는 보조금, 분담금, 세금, 과징금, 과태료, 이행강제금 등과 같이 경제적 유인책 및 불이익을 사용한다. 시민의식이나 도덕심, 사람들의 마음을 움직이는 가치 등에 호소하기도 하는 자발적인 정책도구(캠페인 등)와는 다르다. 법정정책은 그 선택·활용 도구(instrument)의 속성으로 인하여 비자발적 정책순응(policy compliance)이 일어나는 분야이다.

다.

법원의 법형성 판결은 법의 내부 논리에 충실한 연역적 결정만이 아니라, 논증의 과정에서 그와 함께 정책적 고려가 반영된 결정이다. 법원은 난제를 해결함에 있어서 순수하게 법논리만 동원해서 사안을 해결하는 것도 아니고, 그렇다고 관련법을 도외시하고 정책적 판단만 내리는 것도 아니다<sup>309)</sup>.

---

309) 이호용, 법해석과 법정책의 관계, p.79

“그런데 법관은 어느 정도의 정책적 판단을 요구받게 되는 것일까? 법관은 정책적 판단을 하더라도 그것은 어디까지나 해석론의 정당화 근거로서 하는 정책적 고려라는 점에 유의해야 한다.”

## 제2항 자연법의 정책적 사고

### 1. 사회적 인공물로서의 자연

올바른 법은 외재적으로 주어져 있고 그것이 발견되는 것이라는 고전적 관념이 현대에도 여전히 복류(伏流)한다. 법은 창조되는 것이 아니라 발견되는 것이기 때문에 판단에 있어서 법형성 판결은 아직 발견되지 못한 진리를 발견한 것이라는 관념이다. 하지만 정의(正義)는 인간사회 '외부'에 존재하는 것이 아니라, 인간사회에서 축조(築造)하는 개념이다. '자연법'은 보편화 가능한 - 보다 엄밀하게는 사회적으로 일정한 수준 이상의 수용이 가능한 - 일반적 믿음 체계라고 보는 것이 보다 더 현실에 근접한다. 자연법에서 말하는 '자연'의 개념, 응당 그러해야 하는 정의로운 상태라는 '자연'의 개념은 사실상 다의적이고 가변성을 지닌 개념이다. 어떠한 것이 '자연스럽다'는 것은, 선형적인 것이 아니라 사회적 환경과 맥락에 따라서 달라질 수 있기 때문이다. 다시 말하여, 자연법은 사회와 시대에 따라서 조형과 구성이 달라질 수 있는 인공물(artifact)이다.

벨첼이 다음의 인용구문에서 명확하게 지적한 것처럼, 자연법의 '자연'은 매우 상이한 다른 내용을 일컫는 내용이다. 자연법론의 핵심적 기능과 사명은 '자연'이 무엇이나에 있는 것이 아니라, 실정법에 대한 비판과 대안 모색에 있다. 즉, 중요한 것은 '자연'이 아니라, 자연에 대한 믿음에 근거하여 현행 실정법에 대한 비판적 인식과 그 대안을 모색하는 실천력이다.

“여러 번 사라졌다 항상 다시 시작되어 2,500년간 지속되어온 자연법론의 실질적 정의의 모색의 노력에서 남는 것은 무엇인가? 자연법론의 실질적 정의의 모색의 노력에서 남는 것은 무엇인가? 자연법론이란 한 시대의 사회윤리적 이상을 때로는 혁명적으로 전개시켰고, 때로는 방어적으로 보호했던 하나의 역사적 현상인가? 혹은 법에 대해 말할 때마다 항상 염두에 두는 시대 초월적 요소를 지니고 있는가? 이러한 의문을 가지고 자연법의 변화무쌍

한 역사를 조망해보면, 우리는 남아있는 것을 자연법이라는 단어의 앞부분에서가 아니라 뒷부분에서 찾아야 한다는 것을 깨닫게 된다. 자연법이라는 말의 앞부분, 즉 ‘자연’은 매우 상이한 내용들에 대한 공통된 명칭임이 밝혀졌다. 기만적인 공통된 이름하에 서로 다른 것, 대립되는 것, 변화하는 것이 감추어져 있다. 모두에게 공통되는 것과 남아있는 것은 이 단어의 뒷부분인 법이라는 관념뿐이다. ‘자연법’, 그것은 법의 정당성의 문제, 사실상 존재하는 사회질서의 정당성의 문제인 것이다. 사람들이 자연법 하에서 무엇이든 자기가 원하는 바대로 이해했을지라도, 항상 그 속에는 법은, 단순히 존재하는 권력이 명하는 바와 동일하지 않다는 생각이 흐르고 있는 것이다.<sup>310)</sup>

자연법에서 ‘자연’이 등장하는 것은 주장의 정당성 기반을 마련하기 위해서이다. 우리나라 여러 판결에서 자주 등장하는 ‘공평과 정의의 관념’을 두고 서로 상이한 주장을 전개하는 것 역시 가까운 예가 될 것이다. 이는 첨예한 이해관계가 얽혀 있는 문제의 사안에서 승패를 결정하는 잣대가 되지만 - 여타 기구와 비교할 때 상대적으로 균질적인 구성원으로 조직된 - 법원 내에서도 상이한 입장을 가지게 하고, 어떠한 의견이 다수의견인가에 따라서 사안의 향배가 결정된다.

자연법의 핵심은 자연법의 절대성·불변성이 아니라, 법이 되기 위해서는 입법자의 의지만으로는 충분하지 않고 다른 근거가 존재한다는 것이며, 인간의 본성 역시 그 자체로 완결된 것이 아니라 변화하고 성장하는 것으로 이해하고 있다. 자연법에서 ‘자연’의 개념은, “점차로 자라는 어떤 것을 의미”하며 역사적 가변성이 인정된다.<sup>311)</sup>

이처럼 자연법의 ‘자연’ 개념은 변화의 개념을 내포한다. 더욱 발전하고 더욱 보편화 가능한 법규범은, 보다 합리적이기 위해서 부단히 노력하는 인간 사회가 성취한 결과물이다. 법이 표연히 홀로 존재하는 것이 아니라 사회의 변화와 발전이 그에 투영되었다. 이러한 점에서 법은 사회의 정의 관념을 드러내는 지표(指標, indicator)라고 할 수 있다. 일례

310) 벨첼(2002), 자연법과 실질적 정의, p.333

311) 박은정(2007), 자연법의 문제들, 2007, p.187



로, 노예제 등의 폐지는 자연법에 반하는 실정법이 교정된 것이라기보다는, 사회의 발전이 실정법의 내용에 반영된 것이다. 사회적 지지가 특정한 방향을 가리키는 범규범을 자연법으로 만든다. 사회 내에서 일정한 규모(critical mass) 이상의 공감대를 이루고, 그것이 사회적 합의에 영향을 미칠 수 있으면 그것이 자연법이다.

노예제가 자연법에 반(反)한다는 것은, 다시 말해서 노예제 유지와 대치되는 ‘인간의 존엄성’을 보증하는 자연법이 존재한다는 ‘사실’은 노예제의 부당함에 대한 비판이 사회적으로 일정한 수준 이상에 도달함으로써 인하여 자연법‘으로서’ 공표(公表)되었다. 자연법의 ‘발견’은 사회·정치적 사실이다. 보편화 가능성과 지속가능성이 담보되는 설득력 있는 가치체계가 사회적 지지를 얻고 정치적으로 일정한 수준 이상의 세력을 얻은 연후에야, ‘인간의 존엄성’은 자연법의 내용으로서 공표되고 발견된다. 즉, 자연법은 인간 사회가 그간 이룩한 도덕적 성취이다.

## 2. 자연법의 법원리와 정책적 사고

살핀 바와 같이, 자연법적 사고는 범규범의 현존상태에 대한 ‘비판적 사유방식’이자 ‘실천 철학’으로서의 성격을 지닌다. 비판적 사고에 기한 실천적 사고인 자연법적 사고는 곧 정책적 사고를 의미한다. 정책적 사고는 다음과 같이 의지적 결단의 소산으로서, 다시 말해 유의주의 성격의 사고로서 이해되기 때문에, 자연법적 사고와 정책적 사고 사이에는 거리가 존재하는 것으로 생각하는 경향이 있다.

“법과 정책의 개념적 관계를 구명함에 있어서는 우선 세계관에 있어서 주지주의적 사고방식에 의할 것인가, 유의주의적 사고방식에 의할 것인가에 따라 그 방향성이 달라질 수 있다는 점이 문제시된다. (...) 유의주의적 성향을 가진 측에서는 ‘구체화되지 않았을 뿐이지 이미 인간세계에 소여로서 주어진, 그리하여 인간의 합리적인 노력으로 찾아질 수 있는 규범’을 애써 발견하려는 노력보다는 ‘결단으로서의 규범’을 강조하게 된

다. 이런 입장에서는 ‘법은 정책의 표현’이라는 측면이 보다 강하게 부각될 것이다. 반면에 주지주의적 성향을 가진 측에서는 ‘사물의 본성’에 대한 끊임없는 탐구를 통해 인식되어야 할 규범이 어떤 결단에 의해 만들어진다고 하는 유의주의적 개념에 반발할 것이며, 규범은 지성적 주체에 의해 만들어지는 것이 아니라 이미 주어진 당위적 소여를 잘 해석하고 연구함으로써 발견되어진다는 측면을 강조하게 될 것이다.<sup>312)</sup>

그러나 자연법적 사고는 이미 인간의 이성이 어떠해야 한다는 일정한 판단을 내린 이후에 본유적 이성을 강조함으로써 의지적 특성이 드러나지 않는 것이지 사회 및 현행법에 대한 비판의 태도는 유의적 성격을 지니고 있다. 따라서 자연법적 사고는 주지주의라는 외피 밑에 유의주의 내면을 가지고 있는 정책적 사고라고 할 수 있다. 다시 말하여, 주지주의 외피와 유의주의 내면을 지닌 자연법의 ‘법원리’가 활용되는 결정은 법정 정책적 결정이다.

자연법이론은 사회의 현행 실정법에 대한 평가를 하는 실천철학적 측면을 가지고 있다. 자연법의 우월성과 장점은 ‘실천적 사고’이자 ‘비판적 사고’에서 발휘된다. 현행 법규범 상태에 대한 불만과 비판은 ‘응당 그러해야 하는’ 자연법을 회구하게 만든다. 자연법의 실천적 이성에 따라 현실의 불만족스러움에 대처하려는 사고는, 기성(既成)의 숨겨진 자연법의 정답을 찾는다는 표제 하에, 가장 정의롭다고 평가할 수 있는 새로운 대안을 모색한다. 자연법 개념은 권력자와 위정자의 자의성을 비판하고 그에 대항하는 수단으로서 발전하여 왔다. 이는 자연법이 “실정법을 비판하는 혁명적 기능”과 “실정법을 변화시키는 실천적 기능”을 담당하여 왔음을 의미한다.<sup>313)</sup>

그런데 자연법의 비판적 사고는, “실정법을 변화시키는 실천적 기능”까지 수행하는 사고, 곧 정책적 사고이다. 현행 실정법의 변화와 발전을 촉구하는 비판적 사고가 자연법의 핵심적 내용이다. 정책의 본질은 현상

312) 최송화(1985), 법과 정책에 관한 연구, pp.83-84

313) 박은정(2007), 자연법의 문제들, 세창출판사, 2007, p.11

에 대한 비판적 분석과 그에 대한 실천적 처방이다. 정책적 사고는 현실의 문제를 인지하고 그에 대한 적합한 대처 및 해결 방안을 모색하는 사고이다. 자연법은 사회의 실정법에 대한 비판적 평가와 대안 모색을 위하여 활용된다. 다음과 같은 벨첼의 지적처럼, 자연법론은 공격과 방어의 투쟁수단으로서 ‘이데올로기적’ 사고이다.

“자연에 의거한다는 것은 투쟁수단, 공격과 방어의 무기를 얻는다는 것이다. 이는 사회·윤리적 현존재 설계에 아무런 새로운 실질적 근거를 부여해 주지는 않으면서, 투쟁의 구호로서 자기진영의 승리에 대한 확신을 강화하고 적수의 저항의지를 흔들리게 하려는 것이다. 그러한 한에서 모든 자연법론은 ‘이데올로기적’이다.<sup>314)</sup>”

가치 내지 이데올로기가 내재된 자연법주의 관점에서 현존 법규범에 대한 비판과 불만은 강력한 추동력(推動力)을 가진다. 자연법은 ‘올바른 판단’의 기초가 되는 자연법 원리를 회구하는 건전한 비판력과 함께, 부정의한 상황을 타개하기 위한 이데올로기적 실천력을 지닌다.

---

314) 벨첼(2002), 자연법과 실질적 정의, p.341

### 제3항 법원리와 법정책의 관계

#### 1. 법원리와 법정책의 관계

법정책학은 법원의 결정(legal decision-making)을 분석하고 고찰함으로써 보다 탁월한 법적 결정을 도출하는 방안을 모색한다. 법원은 법에 의해서 판결해야 하지만, 법의 공백 혹은 침묵과 마주하는 경우에는 주어진 사안에 대한 일정한 결정을 도출하기 위해서 법정책적 사고를 한다.

법원리와 법정책은 구분되는 개념이다. 하지만 그 발생의 연원에 있어서는 뿌리를 공유한다.<sup>315)</sup> 법원리의 비교(weighing)와 형량(balancing)은 정책적 성격이 두드러지는 사고방식이다. 법원은 그간 실제로는 ‘법정책적’ 고려를 통해서 판결을 내린 경우에도 그 근거로서 ‘법원리’를 거명하는 경우가 많았다. 국민 일반의 법감정과 사회의 변화상 등 정책적 이유에서 판결을 하는 법정책적 판결을 내릴 때 법원은 법원리에 의거하여 사안에 적합한 판단을 내린다는 전략을 취한다. 즉 적합한 사안규범을 형성함에 있어서 법원리가 적극적으로 활용되는 판결은 법정책적 판결이라고 이해 가능하다.

물론, 법원리를 활용한 논증을 정책적 사고와 동일한 것으로 보는 것에는 비판이 가능하다. 드워킨의 정리에 의하면, 법원리(principle)와 정

---

315) 일정 빈도 이상으로 반복되는 유형의 문제사안에 대처함에 있어서 합리적이고 타당한 결정을 내리기 위한 것이라는 점에서 그러하다. 법원리가 외부에서 ‘주어진’ 것이 아니라, 정치경제생활을 영위하기 위한 사회 구성원들의 요청에 가장 부합하는 것이다. 법원리는 장기간 수많은 시행과 검토가 누적되고 그를 통해서 타당성과 효과성이 검증된 정책적 기준이 사회의 보편적 지지를 얻어서 법원리로서의 지위를 가지게 된 것이라고 이해한다. 예컨대 21세기 현재의 시점을 기준으로 법원리와 정책적 고려는 분명하게 구분되지만, 현재의 법원리가 ‘법원리’로 자리매김하게 된 것은 장기간에 걸친 검증이 있었기 때문이다. 대부분 법원리는 그 출발부터 법원리의 위상에서 시작한 것이 아니라, 정책적 판단과 그에 따른 결정이 장기간 축적되고 긍정적으로 평가받아 법원리로서 수용되게 된 것이라고 이해한다.

책(policy)의 관계는 흡사 물과 기름의 관계와 같다. 히라이 요시오가 ‘정의’와 ‘효율’로 표현한 사고의 틀과 드워킨의 법원리와 정책의 관계가 유사한 구조를 지닌다고 본다.

원리 논변(principle argument)과 정책 논변(policy argument)의 구분은 넓게 수용되고 있는 사유방식으로서, 이를 개인의 권리에 기한 논변과 사회의 이익에 관한 논변으로 이해하기도 한다<sup>316)</sup>. 드워킨은 원리(principle)에 의거한 주장(claim)과 정책(policy)에 의거한 주장을 구분하였다. 비슷한 맥락에서 히라이 요시오는 법정책학의 사고방식을 ‘목적-수단’ 사고방식과 ‘법-정의’ 사고방식 두 가지로 구분하였다. 옳고 그름을 따지는 법적 사고방식과는 달리, 정책적 사고방식은 ‘목적-수단’ 사고방식이라는 점을 대비시켰다.<sup>317)</sup>

[표 4-1 : 드워킨과 히라이 요시오의 논증 구분방식]

드워킨	원리에 의한 논증	정책적 논증
히라이 요시오	옳고 그름(정의)에 의한 판단	목적-수단의 판단

그러나 정책은 가치지향적 속성을 분명히 가지고 있으므로 정책히 단순히 효율성의 극대화를 중심에 두었다는 것은 정책의 일면에만 과하게 치우친 단견이라고 할 수 있다.

“정책은 합리성과 효율성의 산물이면서, 동시에 정치성과 권력성의 산물이기도 하다. 따라서 정책학은 본래 합리성과 정치성의 양면적인 성격을 띠고

316) 권영준, “민법학, 개인과 공동체, 그리고 법원”, 2015, p.1442, 각주 113

“영미 법철학계에서는 이러한 원리논변(principle argument)과 정책논변(policy argument)을 잘 구별하여 왔다. 독일에서의 법적 논변(rechtlichen Argumenten)과 법정책적 논변(rechtpolitischen Argumenten)의 구별도 이와 유사한 것이다. 전자는 개인의 권리를 중심으로 이루어지는 논변이고, 후자는 공동체 전체의 집단적 이익을 중심으로 이루어지는 논변이다.

317) 히라이 요시오, 法政策學, 15頁 및 44頁

있다. (...) 따라서 정책분석론 역시 합리적인 정책수단에 대한 분석능력 제고라는 본래 목적에 더하여 정책문제를 합리적으로 해결하기 위한 민주적 가치와 절차적 타당성이라는 측면을 분석하는 비중이 과소평가되어서는 안 될 것이다.<sup>318)</sup>”

또한 법원리와 정책의 의미를 드워킨이나 히라이처럼 새긴다고 하더라도, 양자의 관계를 완전히 분리·단절된 것으로 이해하기 보다는 사안에 따라서는 정도(degree)의 차이로 이해될 수 있는 경우도 현실 사안에서 자주 관찰할 수 있다. 일정 빈도 이상으로 반복되는 유형의 주요 문제 사안에 대처함에 있어서 합리적이고 타당한 결정을 내리기 위한 기준이라는 점에서 그러하다.

법정책(legal policy)과 법원리(legal principle)는 현 시점에서는 양자가 구분되나 그 발생의 연원에서 공통된 개념으로 이해된다. 즉, “법원리는 법정책과 그 연원을 같이 하지만, 사회 안에서 ‘장기간에 걸쳐 검증’된 법정책”이라고 접근 가능하다. 법원리와 법정책 양자의 개념적 구분함에 있어서 단순히 시간의 장단(長短)이 결정적인 것은 비록 아니지만, ①장기간에 걸쳐서 ② 사회의제로서 논의·검토되고(노출빈도), ③그 내용적 합의에 관하여 보편화 가능성이 인정되는 법정책을 법원리라고 이해된다. 법원리 혹은 법정책을 발생 연원에서부터 시간적으로 추적하여 종적 관점에서 쫓아가면 ‘상호변환’과 ‘치환’의 가능성을 확인할 수 있다<sup>319)</sup>.

다시 말해, 법정책이 ‘보편화 가능성’의 관점에서 진화하여 법원리의 위상을 얻게 된, ‘위상의 차이’라고 이해할 수 있다. 그리고 이러한 위상

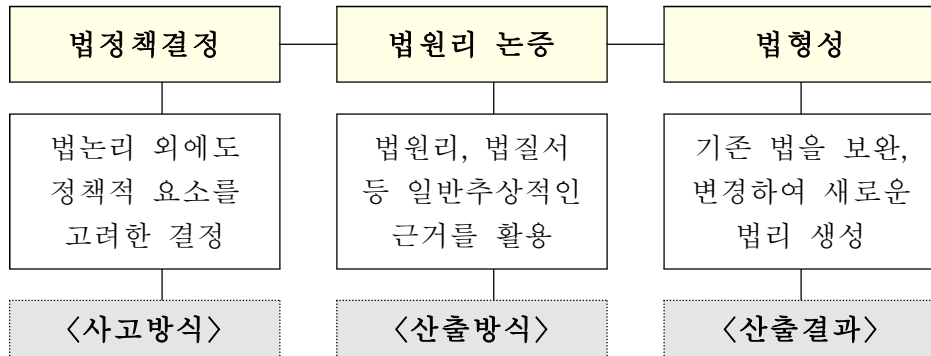
---

318) 권기현, 정책분석론, 2010, p.5

319) 예컨대 재판 폭증을 이유로 원고의 소구를 기각하는 것은 정책적 판단이다. 그리고 이를 법원리로 표현하자면, ‘사적자치의 원칙’ 혹은 ‘계약자유에 대한 존중 원칙’ 내지는 ‘행정재량에 대한 존중’ 등으로 표현할 수 있을 것이다. 사적자치 내지는 계약자유에 대한 존중은 사법 소극주의와 궤를 같이 하며, 사법 소극주의는 법원 스스로의 기관적 역량에 대한 평가와 재판이 사회적으로 전달할 함의 등에 관한 숙고 등이 그 배경이 된다. 즉, ‘정책적’ 판단이지만 동시에 그 내용에 부합하는 ‘법원리’로 표현할 수 있다. 법원리를 근거로 하는 결정이 실상은 법정책적 사고에 기인하는 것이 가능하다.

의 차이를 가시적으로 관찰할 수 있는 것이 환경법 분야로서, 환경법의 지속가능발전 원칙, 사전배려 원칙, 오염원인자 원칙 등이 국제 환경정책에서 국내법의 내용으로 편입되고 위상을 확보해가는 과정이다.

[표 4-2: 법정정책과 법원리, 법형성]



법원리는 외부에서 ‘주어진’ 당연하고 자명한 것이 아니라, 시행착오를 거쳐서 정립된 원칙이다. 법원리는 장기간 수많은 시행과 검토가 누적되고 그를 통해서 타당성과 효과성이 검증된 정책적 기준이 사회의 보편적 지지를 얻어서 법원리로서의 지위를 가지게 된 것이라고 이해한다. 현재 우리가 ‘보편적’이라고 혹은 ‘보편화 가능하다’고 여기는 법원리는 사회정치·경제생활을 영위하기 위한 사회 구성원들의 요청에 가장 부합하는 내용의 것들이다.

현재 시점을 기준으로 법원리와 정책적 고려는 분명하게 구분되지만, 현재의 법원리가 ‘법원리’로 자리매김하게 된 것은 장기간에 걸친 검증과 사회적 합의가 있었기 때문이다. 법원리는 그 출발에서부터 법원리의 위상(位相)에서 시작한 것이 아니라, 정책적 판단과 그에 따른 결정이 장기간 축적되고 사회적으로 긍정적 평가를 받아 법원리로서 수용되게 된 것이다. 예컨대, ‘인간의 생명은 존엄하며 동등한 가치를 지닌다’라는 법원리는 지금 사회에서는 누구도 도전하기 어려운 당연한 보편명제로서의 지위를 누리지만, 역사적 과정을 관찰하면 사회정치 체제가 장기간에 발

전하는 과정에서 법원리의 지위를 취득한 것이다. 과거에는 ‘인간’의 범주에 서로 다른 이해가 있었거나, ‘존엄성’이나 ‘동등성’이 인정받지 못하였다. 생명권에 대한 발전 외에도 개인 재산권에 대한 사회적 존중 역시 정책적 고려가 법원리 지위를 취득하게 된 것이라고 봄이 적합하다<sup>320)</sup>.

## 2. 법원리와 법정책의 기능

법원리와 정책은 엄연하게 다르지만, ‘기능’의 측면에서 분명 연계되는 측면이 있다. 법원리는 낱낱의 법률과 구분되는 전체 법질서와 그에 내재된 도덕적 가치를 지시함으로써, 정책적 사고와 연계된다. 두 개념은 분명히 독립적인 별개의 개념임은 확실히 해야 하지만, 법원리가 논증에 사용되는 경우 법원의 정책적 사고와 연계되기에 양자가 실제 작용에 있어서 긴밀히 이어지는 부분이 있다.

다만 기본권과 연계되는 법원리는 단순히 정책적 관점에서 접근할 수는 없다. 하지만 완전히 양자를 완전히 같은 것으로 환치하기는 어렵다. 발생 연원에서 공통된다고 하더라도 ‘보편화 가능성’과 ‘사회적 수용’의 차원에서 엄연한 차이가 존재하며 이는 일반 수범자의 관점에서 볼 때 양적인 차이라기보다는 질적인 차이로 받아들여진다. 양자의 차이가 ‘질적’인 차이로 이해되는 가장 큰 이유는 ‘권리(權利)’ 개념 때문이다. 법원리는 기본권과 연계됨으로써, 포기하거나 변경될 수 없다. 기본권 부정으로 나아갈 우려가 있기 때문이다.

따라서 필요한 경우 변경·재조정될 수 있는 정책과 비교할 때, 더욱

---

320) 가장 대표적인 예로서, ‘당신이 다른 이에게 기대하는 그대로의 행동을 다른 이에게 하라’는 칸트의 황금률은 당연히 수용되는 원리이기도 하지만, 합리적 정책이기도 하다. 남에게 대접받기를 원하는 것처럼 남을 대하라는 황금률은 quid-pro-quo 혹은 tit-for-tat 전략이 가장 성공적인 게임전략으로 판명되었다는 Robert Axelord의 실험(The Evolution of Cooperation, 1984) 결과와 발생연원을 같이 한다. 즉, ①장기간에 걸쳐서 ② 사회의제로서 논의·검토되고(노출빈도), ③ 그 내용적 합의에 관하여 보편화 가능성이 인정되는 법정책을 법원리라고 접근하는 것도 가능하다.



확고한 지위와 위상을 가지고 있다. 즉, 발생연원에서는 공유하는 속성이 분명 존재하지만, 그를 변경하려는 소극적 작용이 가능한가의 측면에서 볼 때 양자의 위상은 질적으로 다르다. 실체적 권리로서 제도적 인정을 받는 경우에는 해당 원칙을 언제든지 정책의 차원으로 변환가능하다는 관점에서 접근할 수 없다. 기본권 개념의 확립과 연계된 법원리는 법정책과 환치할 수 없다. 하지만 신생 법규 분야에서는 법원리와 법정책을 환치함에 무리가 없다고 본다<sup>321)</sup>.

드워킨은 법관이 정책논변이 아니라 원리논변에 의거하여 재판을 해야 한다고 주장하였다. 그 이유는, 소급효 등을 이유로 한 예측가능성과 수범자의 권리 보호였다. 즉, 정책논변이 예측불가능성을 증대시키고 법적 안정성을 해칠 수 있다고 이해하였기 때문이다.

하지만 재판이 법원리에 근거하는 경우이건, 정책에 근거하는 경우이건 법원이 법규칙의 확정적 지시와는 다른 결정을 내렸다는 사실은 달라지지 않는다. 해당 사안에서 법원의 판결이 기존의 안정화된 결과에서 벗어난다는 점에서 예측가능성이 수범자의 이익·불이익 측면에서 차별화된 부분이 없다. 드워킨의 주장과는 달리, 법원리 논증을 하더라도 수범자에게 특별한 보호가 더해지는지는 않는다.

법정책이 아니라 법원리에 의한 논증을 하더라도 법적 안정성이 해쳐진다는 것에서는 동일한 결과가 발생한다. 법원의 결정이, 그 근거를 법원리건 법정책이건 간에 분쟁 사안의 당사자에게 실질적인 차이는 없다. 또한 해당 판결을 관찰하는 일반 수범자에게 법원이 특정한 내용의 사안규범을 제공함으로써, 비슷한 유형의 사안에 관한 규범적 판단의 방향성을 제시한다는 점에 있어서도 법원리에 근거한 판결과 법정책적 판단의 차이는 크지 않다<sup>322)</sup>.

---

321) 예컨대 ‘환경보호의 원칙’과 ‘환경보호정책’은 쉽게 환치될 수 있다. 이른바 ‘효율성’이 법정책 내지 법경제학을 상징하는 것으로, ‘정의와 가치’가 법원리를 대표하는 것으로 이해하는 이분법적 접근방식을 취하는 경우가 많다. 하지만 이러한 대조적 방식에 잘 부합하는 경우가 일부 있지만 그러한 예가 법정책과 법원리 전체를 대변하는 것이라고 생각하지 않는다.

322) 판결을 일종의 규범적 신호(signal)로 받아들이고 행위준거로서 참고하는 일반

#### 4. 법원리와 법정책, 사법재량

법원의 법형성 논증에서 법원리가 활용되는 경우 이는 어떠한 의미를 지니고 있는가? 법원은 문제 해결을 위하여 법원리의 이름으로 법체계 외부의 논거를 활용한다<sup>323)</sup>. 순수한 법적 논거 외에도 사회·정책적 요소들이 고려되므로 이러한 법원의 판단은 정책적 판단이라고 할 수 있다. 법원리가 근거로서 활용된 판결에서 ‘법원리’가 수행하는 기능을 살펴보면 정책적인 측면을 가지고 있다.

법해석과 법형성으로 대별되는 논증의 구성방식에서 판단할 때, 양자 모두 법형성 논증으로서 배제적 실증주의 입장에서 어느 정도 일원화 가능하다. 원리와 정책이 판결의 논변에 등장하는 방식 및 구체적 법명제의 효력 발생을 제어하면서 법 현실에 적용하는 방식에 있어서 양자의 ‘실질’은 엄격한 차이를 보인다고 하기 어렵다<sup>324)</sup>.

“법원 및 행정부의 행위에 영향을 미치는 원리들 중 상당수는 재량 원리(principles of discretion)이다. 그러한 원리들은 사법재량의 부존재를 증명하는 것과는 거리가 멀다. [오히려] 법의 유연함(flexibility)을 증대시키고 환경과 여론의 변화에 마주하는(meet) 상시적 개선 과정을 위하여 사법재량 및 행정재량을 행사한다는 측면에서 법 정책(legal policy)을 명백하게 드러낸다.”<sup>325)</sup>

---

인들에게 A라는 유형의 사안에서는  $\alpha$ 라는 규범을 따른다는 사실만이 중요하다. 만약 A 사안에서  $\alpha$ 가  $\beta$ 로 변경된다고 하더라도 그 이유가 법원리적 숙고에 의한 것인지 법정책적 견지에서서의 재검토 요청에 의한 것인지는 알기 어렵다.

323) 드워킨은 법원은 사법재량이 아닌 ‘법원리’에 기대어 판결해야 한다고 주장한다. 하지만 드워킨이 말하는, 하드 케이스를 해결해주는 것은 법원리가 실체는 사법재량이 아닌가 하는 의문이 제기될 수 있다. 법실증주의는 확정적 법규칙들이 문제사안에서 일정한 내용의 결정을 확정하지 못하는 경우, 법원의 사법재량으로 문제를 해결하자는 입장이다.

324) 또한 ‘원리’와 ‘정책’은 사회적 구성원들로부터 일정한 수준 이상의 지지를 얻어야만 한다는 점에서 - 비록, 효율과 정의가 같을 수는 없고 그에 대한 사회적 지지의 의미와 성격이 다르지만- 양자는 같은 맥락에 있다.

325) Raz, Legal Principles and the Limits of Law, p.847

법원의 논증이 어떠한 방식을 취하는지에 관한 논의는 사법재량과 연결된다. 법원리를 활용한 범형성 논증은 사법재량과 긴밀하게 연결된다. 법원리를 활용하여 실정법을 넘어서는 판결을 내리는 과정에서 법원은 정책적 사고를 하게 되고, 사법 재량(judicial discretion)을 행사한다. 상기 라즈(Raz)의 분석에 따르면, 법원리는 재량의 행사를 통해 법의 유연성을 증진하고 사회 환경과 여론의 변화를 항상적으로 검토할 수 있게 하는 기능을 수행한다.

“모든 실정법은 하트가 말한 것처럼 열린 구조를 갖는다. (...) 실정법의 “열려진 영역”이라고 말할 수 있는데 이러한 열려진 영역은 다소간 차이는 있을 수 있지만 모든 법체계에 존재하는 영역이다. 열려진 영역에 해당하는 사안은 “불확실한 사안”이라고 부를 것이다.

실증주의 이론의 관점에서 (...) 실정법의 열려진 영역에서는 그 개념정의에 따라 실정법에 근거하여 판결이 내려질 수 없다. 왜냐하면 실정법에 근거하여 결정을 내릴 수 있다고 한다면 열려진 영역에서 있다고 할 수 없기 때문이다. 따라서 실정법만이 법이므로 법관은 열려진 영역에서, 즉 불확실한 사안에서 비법적(nichtrechtliche) 또는 법외적(法外的; außerrechtliche) 기준에 따라 판결을 내려야만 한다. 그러므로 법관은 실정법에 의해 입법자와 원칙적으로 동일한 방식으로 법외적 기준에 근거하여 새로운 법을 창설할 수 있는 권한을 부여받게 된다. (...) 이에 반해서 원칙의 논거는 다음과 같이 주장한다. 법관은 실정법, 즉 제정되고 실효성을 가진 법의 열려진 영역에서도 법적으로 구속된다.<sup>326)</sup>

사안 결정에 있어서 법해석 이외의 논리적 사고과정이 동원되는 경우 사법재량의 필요성이 강조된다. 법해석(狹義)의 범주를 넘어서는 논증은 현행 성문법에 규정된 내부 요소를 활용하는 연역적 추론이 아니라, 현행법 체계 외부의 내용을 고려한 논증 작업이 이루어지는 경우이다. “비

---

326) 로버트 알렉시 著, 이준일 譯, 법의 개념과 효력, 2007, pp.103-105

법적(非法的) 요소를 근거로 하는 사법 판단은 무엇을 근거로 삼을지가 법관에게 맡겨져<sup>327)</sup>” 있다.

법원리, 유비추론, 법 목적에 따른 제한 내지 확장과 같은 논리적 사고의 틀이 있으나, 법원이 어떠한 기준에 의하여 논증을 진행하고 판단을 내릴 것인지 선택이 열려 있다. 따라서 이러한 경우에 법원의 문제사안의 제반 요소를 전체적으로 고려하여 법원이 가장 적합하고 타당하다고 생각하는 결정을 내리게 된다.

사법재량은 법규범의 추상성·불확정성 구분에 의하여 좀 더 정확한 발동의 요건을 가늠할 수 있다. 그 자체로 명확한 의미 확인이 가능한, 자명한 법률(per se rules)이 아니면, 사법재량이 요청된다. 법규범이 추상적일수록, 그 내용이 불확정적일수록 사법재량이 행사될 이유 및 실제적 가능성이 커진다.<sup>328)</sup>

법원리와 사법재량은 밀접한 관계를 맺고 있다. 법관의 논증작업에서 법원리가 소환되는 경우는 결과적으로 사법재량이 발휘되는 경우이다.

## 5. 법원리의 고유영역

법원리와 법정책이 발생연원에 있어서 일정 부분을 공유하고 있으며, 내용의 보편화 가능성 및 그에 반응한 사회적 수용 정도의 문제라고 이해될 수 있다. 하지만 ‘기본권’의 개념 등을 함께 검토할 때, 법원리와 법정책 양자를 완전히 같은 것이라고 볼 수는 없다.

법원리와 법정책 양자가 선택가능 대안으로 주어지는 경우, 법원은 판단의 근거로 가급적 ‘법원리’를 활용하려고 한다. 법원리는 정책적 발생연원을 가지지만, 법정책과 구분되는 ‘옳고 그름’에 관한 도덕적 내용을 갖는다. 개인의 권리(權利)와 정의(正義)를 말하는 법원리, 즉, 기본권과 연계되는 법원리는 단순히 정책적 관점에서 접근할 수는 없다. 하지만

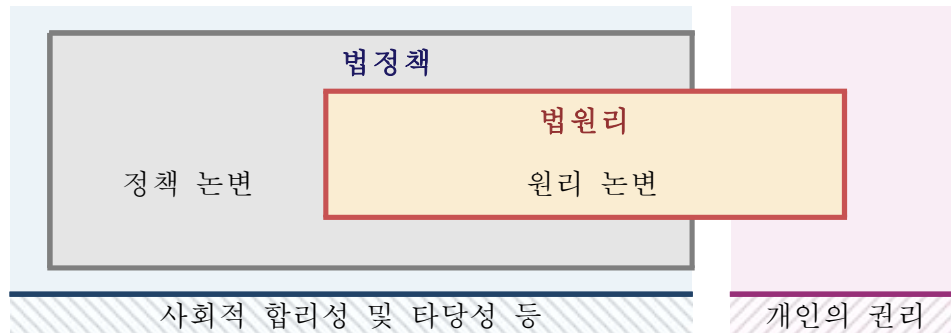
---

327) 김혁기: 법해석에 의한 모호성 제거의 불가능성, 2009, p.128

328) Schauer, Thinking like a lawyer, p.190

완전히 양자를 완전히 같은 것으로 환치하기는 어렵다. 발생 연원에서 공통된다고 하더라도 ‘보편화 가능성’과 ‘사회적 수용’의 차원에서 엄연한 차이가 존재하며 이는 일반 수범자의 관점에서 볼 때 양적인 차이라기보다는 질적인 차이로 받아들여진다.

〈 그림 4-1: 법원리와 법정책의 개념 영역 〉



양자의 차이가 ‘질적’인 차이로 이해되는 가장 큰 이유는 ‘권리(權利)’ 개념 때문이다. 법원리는 기본권과 연계됨으로써, 포기하거나 변경될 수 없다. 기본권 부정으로 나아갈 우려가 있기 때문이다.

즉, 개인의 권리와 연계되는 법원리는, 단순히 사회 전체의 합리적 효용이나 이익을 다지는 법정책과는 위상을 달리 하게 된다. 따라서 필요한 경우 변경·재조정될 수 있는 정책과 비교할 때, 법원리는 더욱 확고한 지위와 위상을 가지고 있다. 즉, 발생연원에서는 공유하는 속성이 분명 존재하지만, 그를 변경하려는 소극적 작용이 가능한가의 측면에서 볼 때 양자의 위상은 질적으로 다르다. 실체적 권리로서 제도적 인정을 받는 경우에는 해당 원칙을 언제든지 정책의 차원으로 변환가능하다는 관점에서 접근할 수 없다.

### 제 3 절 법원의 정책적 판단

#### 제1항 법형성 판결에 대한 평가

##### 1. 법형성 비판의 이유

###### 가. 법원의 역량

법원의 논증 과정에서 현행 실정법 외의 요소가 논거로서 반영된다는 것, 다시 말하여, 법원의 판결이 곧 실정법이 확고하게 가리키는 지시사항이라 정리하기에는 곤란한 경우도 존재한다는 사실은, 사법부의 위상에 질문을 던진다. 대의기구인 입법기관에서 제정되는 법률에 의거해 법률의 ‘해석’기구인 사법부의 연역적 논증으로만 문제를 해결한다는 현실과 괴리가 있다.

어려운 사안에 적합한 해결책을 모색하기 위하여 법원은 연역적 방식 이외의 논증을 취할 수 있다. 아이젠버그(Eisenberg)는 보통법의 논증(common law reasoning) 방식을 설명함에 있어서, 논거를 사회적 명제(social proposition<sup>329</sup>)와 법리적(doctinal proposition) 명제 두 종류로 구분한다<sup>330</sup>. 그러나 법원의 기관적 역량을 비교·분석한 아이젠버그(Eisenberg)의 비판에 의하면, 사법부는 결정에 있어서 재량 영역을 최소화해야 한다. 그 이유는 입법부 및 행정부와 비교하였을 때, 기관의 구조적 설계와 배정된 예산과 인력, 업무처리 방식 등 기관의 역량에서 차이가 있기 때문이다. 사법부와 입법부의 구별은 당해 기관이 사회에서 수행하는 기능(social function), 구조(structure), 그리고 공정성(fairness)

329) 아이젠버그(Eisenberg)에 의하면 ‘사회적 명제’란, 법리적 명제를 제외한 여타의 법 명제로서 도덕성, 정책 경험, 법감정, 도덕 가치, 실무 관행, 정책, 경험명제 등을 모두 일컫는다.

330) Melvin Aron Eisenberg, The Nature of Common Law, 1988

의 차이에서 비롯된다<sup>331)</sup>. 사회 전체와 직접적으로 소통(responsive)하도록 설계되어 있는 기관인 의회에 비하여, 법원은 분쟁 사안의 당사자들과 소통하게 설계되어 있는 등 아이젠버그에 따르면 법원이 범규범의 실질적 내용을 형성하는 결정을 내리는 것이 부적합한 이유는 여러 측면에서 찾을 수 있다<sup>332)</sup>. 사법부의 권한과 기능의 한계를 지적하며 사법부의 신중한 자세를 주문하는 아이젠버그의 주장과 비슷한 맥락에서 버물(Vermeule)은 사법 자제의 필요성을 사법부가 동원 가능한 자원 및 조직의 역량에 관한 실증적 자료를 인용하며 주장한다<sup>333)</sup>.

331) Eisenberg, *The Nature of Common Law*, 1988, pp.9-10

“구성적인 측면에서 살펴보면 입법부는 대의적 기관으로서, 다양한 교육과 경험을 갖춘 다수에 의해 구성된다. 반면 사법부는 대의적 기관이 아니며, 상대적으로 유사한 교육과 경험을 가진 구성원에게 사회 주류의 전통(central tradition)을 따르도록 하는 의무를 부여하는 구조를 갖는다. 입법부는 선거, 로비, 공청 절차에 참여하는 시민사회 전체(citizenry as a whole)에 대하여 직접적으로 반응·소통하도록 설계되어 있는 반면, 사법부는 당해 사법 절차의 사실과 권리에 대한 변론이나 이와 관계된 보고(brief), 자문(commentary)과 같은 일련의 과정에 참여하는 직접 당사자와의 관계에서만 직접적인 소통을 하도록 설계되어 있다. 입법자의 활동은 빈번한 선거과정을 통해 시민으로부터 지속적으로 문책을 받고 그 활동에 대하여 책임을 지며, 대중매체는 연일 보도를 통해 입법자의 활동을 면밀히 점검한다. 반면, 사법부에 대한 책임 추궁은 제한적인 방법으로만 가능하다. 즉, 법관이 재임용을 위해 평가의 대상이 되는 경우, 법관의 전문성이나 결정 자체가 의미를 갖기도 하지만 법관의 결정이 대중매체의 일간 보도에 의해 면밀히 검토되지 않는 않으며 사회적으로 의혹이 제기된 경우에도 법관은 그에 대한 추가적 설명을 하려고 하지는 않는다. 이렇듯 다양한 경험과 교육 배경을 가진 입법부의 구성원들의 면면, 입법부의 대의성(representative concept), 그리고 반응성(responsiveness)과 지속적인 책임추궁 가능성은 입법부에서 형성되는 규범의 주요 부분이 이미 존재하는 사회적 기준으로부터 도출되더라도 그 정통성(legitimacy)을 구비할 수 있게 한다. 또한 대의적 특성이 결여되고 한정적 경험을 한 구성원들로 이루어진 사법부에서 이미 존재하는 사회적 기준에 뿌리를 둔 보통법적 규범을 형성하는 것은 시민사회 일반에 대한 책임성과 반응성이 협소한 상황에서 법 규칙의 정통성을 만들어 나감에 있어서 보충적인 역할을 수행한다.

332) 아이젠버그는 사법부와 입법부를 비교하면서, 사회의 지지(support), 사회 문제에 대한 반응성(responsiveness), 반복가능성(replicability) 측면에서 양 기관은 현격하게 차이를 강조한다.

333) Adrian Vermeule, *Judging under Uncertainty: An institutional Theory of Legal Interpretation*, 2006

“20세기 이래 여타 정부 기관들은 사법부에 비해 급속하게 성장하였다. 1999년 기준, 사법부의 연방 총 예산은 39억 달러(3.9 billion)였으나 집행부의 예산은 중앙정부 기

## 나. 법의 안정성과 예측가능성

사법 재량이 행사되는 판결에 제기되는 문제는 법적 안정성과 수범자의 예측 가능성이다. 예측가능성과 타당성 사이에 긴장 관계가 형성되고 구체적 타당성을 위하여 새로운 판단이 강력하게 요청되는 경우 법원은 정책적 판단을 내린다. 그런데 법의 특징적인 요소들, 다시 말하여 법을 법답게 만드는 요소들은 예측가능성과 확실성이다.

이러한 예측가능성의 관점에서 바라볼 때, 사회적 형평성과 제도의 근본적 취지 내지 공정성에 기한 법원의 법원리를 활용한 정책적 결정에 상당한 비판이 제기될 수 있다. 보통법의 방식은 개를 마구잡이로 때려서 훈련시키는 법(dog law)이라는 벤담의 신랄한 비판<sup>334)</sup>은 이러한 문제와 연관되어 있다. 벤담은 법관들의 예측 불가능한 판결은 독재보다 더 큰 부정의라고 혹독하게 평하면서, 국가가 사법부에 포괄적인 ‘거짓말 허가증(mendacity-licence)’을 주고 있는 상황이라고 비판하였다<sup>335)</sup>.

---

구 예산만 해도 80 billion 달러에 달해 사법부 예산과 비교할 때 21배가 더 많았다. 의회와 백악관, 연방정부 기관들은 - 즉 제도 체제 내에서 집행권한을 담당하고 있는 독립적인 기관들은 - 자원, 예산, 인력, 성과, 그 외의 다른 점들을 따질 때 현재의 규모와 범위 측면에서 사법부의 활동을 초라하게 만든다. 이러한 차이는 사법부가 집행부나 입법부의 판단 및 법령에 구체화된 의회의 결정 중 헌법합치 여부가 문제되는 작은 일부에 대해서조차도 위헌심사를 진행할 자원이나 역량이 결핍되게 만든다.”

334) "Common Law는 어떻게 만들어지는가? 그것은 당신이 자신의 개를 훈련시키는 법을 만드는 것과 같다. 만약 당신의 개가 당신의 마음에 들지 않는 어떤 짓을 하지 못하게 하고 싶은 때, 당신은 그 개가 그 짓을 할 때까지 기다리다가 그 개가 그 짓을 하면 그 개를 때리면 된다. 이것이 바로 재판관들이 당신과 나를 위해 법을 만드는 방법이다. 재판관들은 사람이 무엇을 하지 말아야 하는지에 대하여 알려주려고 하지 않는다. 재판관이 말하기를 그 사람은 하지 말아야 했었던 행위를 할 때까지 그냥 있다가, 그가 그 행위를 했다는 이유로 처벌한다." (Truth versus Ashhurst, in Bowring(1843) vol.V, p.235)

335) "법적 허구를 사용할 수 있는 거짓말 허가증을 통해 심리와 판결의 사법과정을 완전히 사적이고 개별적 성향으로 만들어서 Common Law의 유연성을 획득하려는 것이고, 이는 다시 과도한 기술적이고 조작적인 법언어의 사용으로 인해 사법부의 견해를 공공이 이해하거나 평가할 수 없도록 만들어놓는 결과를 가져온다. 그리고 마치 자연법에 호소하는 것과 마찬가지로, 허구의 기술은 사법 판단에 대한 온전한 공적 정당화를 가져오지 못한다. 결국 재판에 있어서 자의, 편견, 그리



법의 예측가능성과 일관성이 중요함을 강조하는 논자는 많은데, 홈즈(Holmes)는 사법적 소임은 곧 예측가능성(prediction)의 담보를 의미한다고 설파하였다<sup>336)</sup>. 카도조(Cardozo) 역시 법의 본연적 속성을 1차적으로 확실성과 질서로 파악하면서, 안정적 패턴의 관찰을 통한 예측가능성(prediction)의 논리 내지는 확률(probability)의 논리를 강조하였다<sup>337)</sup>.

## 다. 민주적 정당성

무엇보다도 법원의 결정은, 정치적 책임(political responsibility)과 기관의 결정에 대한 구성 일원으로서의 책무성(accountability), 그리고 민주적 정당성(democratic legitimacy) 측면에서 많은 비판이 제기된다. 사법부를 구성하는 법관들이 민주적으로 선출되지 않았으며, 국민에 대한 정치적 책임을 지지 않는다는 점에서 민주적 정당성의 측면에서 취약한 규범 형성자가 된다. 또한 판례법의 속지에 더 많은 전문성이 요구된다는 점 등 공시성의 부족 역시 비판의 이유가 될 수 있다.

사법부에서 실질적으로 법이 ‘형성’되고 ‘변화’되는 과정에서 국민의 묵시적 합의가 실제적 기능을 어느 정도로 행사할지에 관한 설득력이 부족하다면 결국은 그러한 법의 규범력을 인정할 정당성 또한 미흡해지게 된다. 정치적 결정이 사회적 가치를 다양하게 전달하며 합의를 형성할 수 있는 반면<sup>338)</sup>, 법적 결정은 일도양단의 결정만이 가능하기 때문에 사회

---

고 변덕의 문을 활짝 열어놓은 것이라 할 수 있다.” (전게서, p.289)

336) “법원은 그 결정을 통해서 특정한 행위에 어떠한 결과가 수반될 것인지에 관한 예측가능성을 담보해야 담보하는 것이 가장 중요한 의무이다(Holmes, Collected Papers, p.169).”

337) Cardozo는 ‘법의 성장’에서 법의 예측가능성(prediction)을 거듭 강조하는데, 이는 특히, “법의 일률성이 충분히 지켜져서 우리가 법적 문제에 대하여 합리적이고 확실하게 예측할 수 있는 경우에 법이 실제로 존재한다고 말할 수 있다”라는 대목이라든가, “심리적 차원에서, 법이란 무엇보다도 예측가능성의 과학”이라고 하는 언명에서 명약하게 확인된다.

338) 서울지법 남부지원 1999. 2. 25. 선고 98가합15904 판결

“대의제 민주주의 헌법질서 하에서 국회는 그 소속 의원들을 통하여 국민들 사이에 존재하는 다원적 의견과 제반 이익을 입법과정에 공정하게 반영하고 의원들 간의 자

적 문제의 해결수단으로 적합하지 않다는 지적도 존재한다.

하지만, 적어도 “다양한 가치를 그 결정에 얼마나 반영할 수 있는가?”라는 점에서는, 사법과정이 정치과정보다 취약하다. 가치의 문제가 어느 정도로 법적 결정에 친한가 혹은 법적 결정이 상충하는 가치의 문제를 처리하기에 어느 정도 적절한가를 판단하기 위해서는, 법적 결정의 특유한 방식에 관해 살펴볼 필요가 있다. 비유하자면, 정치적 결정이 ‘연속체(continuum) 위에서 선택’이라고 한다면 법적 결정은 ‘불연속선(line of discontinuity) 위에서 선택’이라 할 수 있다. (...) 따라서 법적 결정이 불연속적이면 불연속적인 만큼, 가치문제에 대한 해결수단으로서도 부적절하다고 하겠다. 가치는 ‘연속체’로서 존재하기 때문이다<sup>339</sup>).

민의를 대표하는 기관인 의회와 비교할 때 민주적 측면에서는 물론, 여러 가지 조직적 한계가 존재한다는 것이다. 이에 따르면, 사법부의 역량이 제한적이기 때문에 사법부가 결정할 대상을 가급적 줄여야 하고 사법 재량 역시도 최소화해야 한다는 입장이다.

그렇다면 사법부의 역할은 무엇인가? 어째서 사법부는 조정문제에 관여해서는 안 되는 것인가? 이에 대한 대답은, 조정문제의 성격, 즉 조정의 대상이 된 ‘가치’ 분쟁의 성격에서 찾을 수 있다. 기술한 바와 같이, 사법통치에 있어서 사법부의 정책결정은 ‘국가를 위한 가치판단’이다. 이는 ‘도덕적’ 조정문제 상황으로 비교불능의 가치가 상충하는 만큼 ‘정답’이 있는 문제가 아니다. 이런 상황에서 정치과정에서 한번 내려진 조정의 결과에 대하여 사법부가 재고(second-thought)하여 새로운 내용의 조정을 한다면, 이는 조정이 이루어지기 이전의 상태, 즉 조정이 필요한 상태로 회귀하는 것이 된다. 수범자(受範者)는 ‘권위의 충돌’에 처하게 되어 어느 조정결과를 따라야 할지 알 수 없는 예측불능의 상태에 처하게 되기 때문이다. (...) 따라서 사법부는 정치과정을 통해 이미 이루어진 조정에 개입·간섭하여서는 안 되고, 이를

---

유스러운 토론을 통하여 그것을 조정하며 궁극적으로는 다수결의 원리에 의한 통일적인 국가의사를 형성하는 역할을 부담하는 것이므로 국회의원들에게는 다양한 국민의 의사를 수렴·반영하고 국민 전체의 복지실현을 목표로 (...하략...).”

339) 조홍식, 법에서의 가치와 가치판단, pp.285-286

존중하여야 한다. 그리고 사법부는 ① 조정이 필요하지만 정치부문에서 조정이 이루[어]지지 않은 영역이나 ② 사람들의 가치판단이 일치해 더 이상 조정이 필요 없는 영역에서 자기 역할을 찾아야 한다<sup>340)</sup>.

하지만 입법부의 입법 과정에서도 일반 공동체의 참여와 승인을 통한 법의 정통성 및 규범력 확보라는 측면에서 사회 일반의 참여는 상당한 경우 제한되어 있다. 의회에서 법 규범을 형성하는 과정에 사회 공동체 구성원들이 참여하고, 충분한 검증과 의견 교섭을 통해 법이 형성된다면 이는 정통성을 보장하게 된다. 그러나 사회적 관심이라는 자원은 한정되어 있으며, 해당 입법이 진행되는 과정에 그러한 관심이 충분한 수준 이상으로 투여되는 경우는 몇몇 논쟁이 되는 입법을 제외하고는 극히 드물다. 직접적 이해관계 집단만이 입법 과정에 관심을 가지고 참여하는 경우가 대부분이다. 의회의 규범 제·개정을 통해 사회가 대의제 민주주의의 이념을 재확인하고 그에 안도하는 것을 넘어서면 의회입법의 의의를 보다 냉정하게 검토해볼 필요가 있다.

## 2. 사법재량의 인정과 법원의 논증책임 강화

민주적 정당성의 기반이 취약하고 조직적 역량 역시 부족하다고 판단되는 법원의 법형성을 비판하는 입장이 있음에 반하여, 그러한 비판은 의회입법의 민주적 정당성에 관한 ‘환상’이 가져온 피상적 비판에 불과하다는 견해도 있다.<sup>341)</sup> 이러한 견해에 따르면 법관의 재량이 일정한 역할

340) 조홍식, “사법통치의 정당성과 한계”, pp.39-40

341) 이회창(1987), “사법의 적극주의”, pp.160-161

“우선 사법입법이 민주적 요소를 결여하였다는 비판론은 그야말로 관념적이고 피상적인 비판이라고 생각된다. 왜냐하면 국민의 대표기능이라고 하는 의회의 입법을 보더라도 민주적 요소란 하나의 환상(幻像)일 뿐이고 통치권과 그 반대세력, 또는 여러 이익단체 사이의 세력분쟁(紛爭)과 타협을 거쳐 형성되는 것으로서, 다수의견이라는 것도 따지고 보면 진정한 국민의 다수의견이라기보다도 위와 같은 세력의 일방적 의견이거나 또는 이익단체간의 조정타협(調整妥協)의 산물에 불과한 경우가 많음을 알 수 있기 때문이다. (...) 그러나 나는 대다수의 뜻이 있는 법관이라면 기본권 보장의 문제가 가장 시급한 우리의 현실에 있어서 사법의 적극적 자세가 국민의 기본권을 확고하

을 수행한다는 사실 자체를 부정할 수는 없으며, 사법재량의 행사가 곧 사법의 중립성을 해치는 것은 아니라는 결론에 도착할 수도 있다.

하트(Hart)처럼 법원이 충분한 논리적 숙고를 통해서 사법 재량을 행사하기 때문에 지나친 우려는 불필요하다는 주장도 있다. 법의 존재 태양(態樣)은 언어라는 점에서, 법 언어의 일반·추상성은 법적 불확성의 문제로 이어진다. 법의 본질적·필연적 불확정성을 강조하는 Hart는 사법 재량을 인정해야 함을 주장한다. Hart는 법원의 판결이 철저히 자의적이거나 완벽하게 객관적이라는 이분법적 흑백 논리를 비판하며<sup>342)</sup>, 사법 재량에 대한 뿌리 깊은 불신을 떨칠 필요가 있다고 한다. 법원은 여러 대안 중에서 선택을 할 수 있는 상황, 다시 말하여 사법재량을 행사할 수 있는 경우에도 충분한 논리적 숙고를 통해서 결정을 내린다는 다음과 같은 이유에서이다.

“정해진 법규칙으로부터 연역된 결정으로 볼 수 없는 판결들은 흔히 자의적인 것으로 묘사되어 왔다. 사법과정에 대한 경험적 연구가 무척이나 부족한 상황이기는 하지만, 논리적 연역 아니면 자의적 판결일 뿐이라고 하는 단순한 이분법은 잘못된 것이다. 일반적으로 판사들은 법규칙이 오직 하나의 결론을 정해주지 못하는 경우에 자신의 개인적 선호를 들이밀거나 대안들 중 하나를 그저 맹목적으로 고르지는 않는다. 그리고 ‘선택’과 ‘재량’ 같은 단어나 ‘창조적 활동’과 ‘틈새 입법’과 같은 표현들이 판결을 묘사하는 데 사용될 때, 이런 말들이 의미하는 것은 법원이 판결의 이유를 조탁하는 노력(elaborating reasons for their decision) 없이 자의적으로 판결을 내린다는 것이 아니며, 그 어떠한 법체계도 자의적인 판결을 내릴 권한을 인정하지는 않는다.<sup>343)</sup>”

---

게 보장하고 사법에 대한 신뢰를 확보하는 데에 얼마나 필요하고 긴요한 것인가를 모두 알고 있다고 확신한다.”

342) Hart는 철저히 자의적인 판결을 악몽(nightmare)이라 부르고 법관의 선택 가능성이 배제된 완벽하게 객관적인 판결을 이상(ideal)이라고 하면서, 현실의 판결을 두 극단점의 중간 지점 어딘가에 놓여 있다고 말한다. 즉, 법현실주의자들의 주장과 같은 주관적·자의적 판단이나 법의 유일한 정답을 논변하는 것 모두 현실과는 거리가 있다는 것이다.

343) Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, 1983, p.106

법원이 법적 결정을 도출하는 과정에서 이루어지는 법형성은, 법원이 단순히 ‘법을 말하는 입<sup>344)</sup>’의 위상을 넘어선다는 것을 의미한다. 재량(裁量)의 사전적 의미는, 자기의 생각과 판단에 따라 일을 처리함을 뜻한다. 재량은 무제한의 자유를 의미하지는 않아도, 최소한 선택의 가능성을 내포하며, 인치(人治)를 배격하고 법치(the rule of law)를 강조하는 입장에서 사법 재량을 어떻게 수용할 것인가가 문제된다.<sup>345)</sup> 근대 헌법적 수권에 따른 입법과 사법의 준별에 의하면 법의 제·개정권은 입법부가, 법의 해석과 적용은 사법부가 담당하는 것으로 구분되지만, 관념의 세계를 떠난 법 현실에서는 양자 기관 모두 - 정도의 차이는 있으나 - 법규범 형성 작용을 한다는 점을 부정할 수는 없다. 이는 법원에 당도하는 사건들이 복잡한 면모를 지니고 정형적인 틀을 벗어나는 현대에서만이 아니라 근대 이전의 사회에서도 실상 그러하였다<sup>346)</sup>.

또한 사법재량 영역에 속하는 법원의 결정이라 하더라도, 법률구속 및 선례구속 등에 의해서 일정한 제한이 가해지고 있다. ‘재량’이 허여되어

344) 몽테스키외가 당대의 판택텐 유행에 따라서 판사는 이미 존재하는 법을 구술하는 입으로만 기능해야 한다고 주장하였으나 법 현실과 유리된 내용이다.

345) 안성조, “법적 불확정성과 법의 지배”, p.63

“자유주의 정치철학 하의 ‘법의 지배’와 관련하여 ‘불확정성 논변’은 중요한 의미를 가질 수 있다. 왜냐하면 ‘법의 지배’가 전제하는 ‘형식주의’에 따르면 국가기관들과 시민은 어떠한 행위가 법적으로 규제되는가를 명확히 예측할 수 있어야 하는 바, 만일 법의 해석과 적용이 불확정적이라면, 법은 수범자들에 대한 행위규범으로서의 효력을 상실할 것이고, 결국 ‘법의 지배’라는 정치철학적 이념은 결코 실현될 수 없을 것이기 때문이다. 나아가 국가권력에 의한 법적 강제력의 행사가 정당화되기 위해서는 판결에 정당한 근거가 제시될 것이 요구되는 바, 만일에 법적 불확정성의 근거의 제시가 불확정적이라는 의미로 이해될 수 있다면, 이 역시 자유주의적 ‘법의 지배’ 구상을 심각하게 훼손시킬 수 있기 때문이다.”

346) “의회와 법원의 기능 구별이 역사적으로 길지는 않다. 의회가 오히려 현재의 법원과 비슷한 지위를 점하는 경우도 있었다. 법은 의식적인 입법 활동의 산물이 아니라 고래로부터의 관습을 판결을 통해 확인하는 사법의 산물이라는 보통법(common law) 전통 국가에서는 의회와 법원의 차이가 두드러지지 않았다. 의회 역시 근본법(fundamental law) 내지는 신정법(Divine Law)이 투영된 현실의 법을 발견하고 선언하는 기관으로 인식되었다. 즉, 이러한 국가들에서, “법의 성장에 관한 한 의회는 법 제정(jus dare) 기관이 아닌 법 선언(jus dicere) 기관이었다.” (이동민, “영미법상 판례변경의 법리”, 2012, p.28)”

있다는 것과 온전히 자신의 독단적 의사대로 일을 처리한다는 의미는 아니며, 재량이 주어진 전문가 직군의 사람들이 판단을 내릴 때는 직업적인 의무(professional duty)를 충실하게 따르려고 한다.<sup>347)</sup> 재량의 의미는 재량이 부여된 기관의 ‘목적’을 살펴봄으로써, 즉, 특정 기구에 재량이 부여된 이유를 검토함으로써 관찰할 수도 있다. 사법부에 재량이 부여된 이유는 법의 ‘확인’을 위해서이다. 사법재량은 법을 확인하고 선언하는 기구로서 사법재량의 ‘목적적 한계’가 존재한다고 할 수 있다.

재량을 그 행사 기관에 따라서 구분하면, 의회의 입법재량, 행정부의 행정재량, 법원의 사법재량으로 나눌 수 있다. 이 중에서 가장 신중하게 접근해야 하는 것이 사법재량(judicial discretion)이다. 법원의 본질은 법을 확인하고 해석하는 기관이기 때문에, 입법부나 행정부에 비하여 재량의 폭이 협소하다. 그러한 범주 안에서 정확하게 어떠한 내용을 구체적으로 결정할 것인지 완벽하게 그려낼 수는 없으나, 예측이 가능한 수준이다. 더욱이 법원 결정에 관하여 신속하게 정보가 공유되는 현대 사회에서 공지성(公知性) 역시 제정법에 비하여 현격히 차이가 난다고 보기도 어렵다<sup>348)</sup>.

“법관은 법이 불확실한 경우에 이러저러한 고려를 통해 일종의 입법적 결단을 내려야 한다. 그러한 판결은 법에 의해 결과가 정해진 것이 아니라는 점에서는 재량적이지만, 실천적 추론에 의해 뒷받침된다는 점에서 자의적이거나 비합리적인 것은 아니다. (...) 사법입법은 정당성의 크기에 있어서는 여타의 입법부나 행정부의 것보다 작지만, 이후의 유사한 사건에 대한 법적 평가를 예측할 수 있게 해주는 기능을 동일하게 수행한다.”<sup>349)</sup>

---

347) Greenawalt, Discretion and Judicial Decision, 1975, p.369과 p.377

348) 사안에 관련된 중요 판례를 모르는 사람이 적용 법률을 알 가능성은 낮으며, 그 역(逆)도 마찬가지로 성립한다. 법률을 아는 사람은 관련 판례 역시 대부분 숙지하고 있을 것이며, 판례를 모르는 사람이 법률을 알 가능성은 극도로 낮다.

349) 김혁기, 법적 추론의 기능에 대한 고찰, 2003, p.35

새로운 유형의 사건, 성문법이 침묵하고 있는 대상에 관한 사건을 다루는 법원이 일정한 결론을 산출하면, 해당 판결은 문제사안의 대표적 해결방법으로서 규범성을 획득한다. 난제에 대하여 어렵사리 답을 제시한 법원의 판결은 ‘같은 것은 같게’ 취급하라는 선례구속에 의하여 유사사안을 판단하기 위한 준거이자 제약요인(constraint)으로 작용한다. 재량 여지는 그에 따라 매우 축소된다.

불확정적인 법원리를 판단의 논거로 활용한 법형성 판결, 다시 옮기자면 법원리라는 기제는 통해서 법체계의 내부 논리명제 이외의 요소가 개입된 법형성 판결의 경우, 그러한 결정의 정당성을 확보하기 위해서는 보다 강화된 논증책임이 요청된다. 법형성 판결은 법관의 논증 의무를 강조한다. 이는 법원이 “자기절제와 자기반성을 수행”하는데 도움이 된다. 법의 ‘발견’이 아니라, 법원의 법형성 결정이라고 할 때 오히려 더욱 진지한 숙고와 성찰의 가능성이 있다.

에서는 대륙법 체계가 삼권분립을 전제로 법의 창조와 법의 해석/적용을 엄격히 구별하는 이데올로기를 유지하고 있음에도 불구하고, 현실의 법실무를 냉정하게 관찰할 때 법전에 기초한 사법질서에서도 실제로 법관의 법창조(judicial legislation)가 상당한 지분을 차지하고 있음을 인정해야 한다고 주장한다.

사회변동에 따라 법관은 필연적으로 기존의 체계가 만족스러운 해결을 주지 못하는 사건에 직면할 수밖에 없다. 그러한 경우 법관은 흠결보충이나 수정해석을 위해 사회현실을 참조할 수밖에 없지만, 사회현실 그 자체가 어떠한 규범적 기준을 줄 수는 없다. 그렇다면 법관은 실정법 질서에서 이미 제도적으로 인정되고 있는 법원리와 법사고를 지침으로 삼아 해결을 찾아나갈 수밖에 없다. 이러한 재판에 의한 법형성이 체계적합적으로 이루어지기 위해서는 “새로운 규율 필요성과 합치하지 아니하는 법률체계를 극복할 수 있을 정도로 충분히 사회비판적이면서도 동시에 구성적으로 생산적인 새로운 법원리에 기초할 수 있을 정도로 충분히 도그마틱적이어야만” 한다. 그런데 이렇게 법원리에 기초해서 이루어지는 법형성은 재판실무에 의해서 가

능하며, 이는 진정한 의미의 법관법에 다름 아니다<sup>350)</sup>.

사법재량을 행사함에 있어서 오히려 법원의 다각적 검토와 치밀한 논리적 구성이 요청되기에 단순히 사법재량을 자의적 결정으로 환치할 수는 없다. 사법재량을 인정하는 것이 오히려 법원의 논증책임을 강화하는 방향으로 나아갈 수 있다. 법관이 스스로 법형성을 하고 있음을 인식하는 것이 오히려 법관으로 하여금 “자기절제와 자기반성을 수행하도록 하는 데도 도움을 줄 수” 있는 것이다.<sup>351)</sup>

마찬가지로 에스크리지(Eskridge)는 사법재량에 관한 기우가 지나치고 비판한다. 사법재량과 discretion)을 비교하며, 행정 재량에 관해서는 우려의 목소리가 크지 않음에도 불구하고 사법 재량에 관해서는 지나치게 우려가 많다고 지적한다. 정부 규제의 직접적인 이해관계자들과 맞닿은 행정부에 비할 때 사법부는 재량 행사에 있어서 오히려 더욱 공정할 것이라는 주장이다.<sup>352)</sup>

형식적인 분권 구조에 집착하여 사법부가 실제 수행하고 있는 법 형성적 판단을 부정한다면 현실에서 실제 진행되고 있는 법 현상에 대한 유의미하고 생산적인 논의를 전개함이 불가능하다. 순수하게 논리연역적인 판단으로 결정을 도출하는 것은 비현실적이다<sup>353)</sup>. 법적 결정이 법해석만을 통해서는 현출되지 않는 여러 사안에서 사법 재량을 부정하기란 어렵다. 중요한 점은 사법 재량을 수용하는 기준, 어떤 적정선에 따라 그를 인정하고 제약을 가할지에 관한 내용이다.

---

350) 김형석, 법발견에서 원리의 기능과 법학방법론 p.17

351) 양천수, 법률에 반하는 법형성의 정당화 가능성, p.112

352) Eskridge, 『Dynamic Statutory Interpretation』, (1994)

353) 김혁기, 법적 추론의 기능에 대한 고찰, 법철학연구, 2010, p.13

“법관은 자신의 개인적 견해를 배제하고 기존의 법과 보편타당한 논리에 의해서 판단해야만 한다고 여겨진다. 정당성에 대한 이러한 통념은 권력분립이나 법치주의와 같은 법적 정치적 원리들에 의해 지지된다. 권력 분립의 원리는 법의 제정은 입법부에게, 법의 적용은 사법부에게 맡기고 있다. 인간이 아닌 법에 의한 지배는 법적 판단이 판단자의 자의가 아니라 오로지 법에 의해서만 이루어질 것을 요구한다. 그러한 형식적 정당성의 이념은 법적 추론만을 가지고서 법적 판단을 내릴 수 없다면 불가능한 것이 된다.”



## 제2항 판례에 등장하는 ‘법형성’의 의미

### 1. 판례에 등장하는 ‘법형성’의 의미

#### 가. 법형성 판결의 긍정

우리나라 법원은 법형성에 관하여 다면적인 태도를 취하고 있다. 우리나라 법원의 전반적인 태도를 분석하기 위하여 ‘법형성’이라는 핵심어로 국내 판례 검색 결과<sup>354)</sup>, ‘법형성’이라는 표현이 등장한 판결문 대부분은, ‘입법형성권’ 내지 ‘입법형성의 재량 및 한계’를 언급하며 의회의 입법형성 권한에 대한 존중을 드러내는 대목들이었다. 그 수가 많지는 않았지만 사법부가 행하는 법형성에 관한 명시적 언급이 담긴 판결도 상당수 존재하였으며, 사법부의 법형성에 관하여 긍정과 부정의 입장을 골고루 보여주고 있다.

판결문에 언급된 대부분의 ‘법형성’은 입법형성에 속하지만, 사법부의 법형성이 판결문에 언급되는 경우도 적지 않았다. 법원이 실질적인 규범 창설 기능을 수행하고 있음을 밝히며 사회적 필요를 위하여 그를 긍정하는 입장을 내보인 판결, 즉, 법형성을 긍정하는 입장의 대표적 논지는 다음과 같다.

법률의 해석적용에 있어서 그 법문의 표현에만 얽매어 법의 바탕에 깔려 있는 법의 정신을 무시하는 일은 재판이라는 사법작용의 본질에 부응하지 못하는 것일 뿐만 아니라, 법원이 법률의 해석적용에 있어서 이와 같은 소극적 자세만을 취하게 된다면 법을 통한 정의의 실현이라는 재판의 본래의 목적은 도저히 이루어 낼 수 없는 것이다. 법원은 재판을 통하여 단순

---

354) ‘법형성’으로 국내 판례 검색 결과(2018년 연말 기준), 판시사항에 ‘법형성’이 등장한 판결문 55개, 판결요지에 ‘법형성’이 등장한 판결문은 331개, 판결전문에 ‘법형성’이 등장한 판결문은 1077개 확인되었다.

한 법문의 해석이 아니라 법의 정신에 어긋난 법의 흠결을 보충할 수 있는 법 창조적인 기능까지를 가지고 있는 것이다. 법형성 과정에 나타난 우리의 현실이 반대의견과 같은 법률해석을 통하여서만 달성될 수 있는 법원의 이러한 기능을 더욱더 요구하고 있다는 점을 특히 강조하여 두는 바이다<sup>355)</sup>.

대법원 판결에서 비슷한 관점을 노출된 많은 실례를 확인할 수 있으며, 특히 대법원 96누1382 전원합의체 판결 반대의견은 법률의 적용이 ‘법문의 표현에만 얽매어’ 있어서는 부당한 결과를 초래할 수 있으므로 정의 실현을 위해서 필요한 경우 법원은 ‘법 창조’의 기능을 수행할 수 있음을 강조한다.

법률의 해석적용에 있어서 그 법문의 표현에만 얽매어 법의 바탕에 깔려 있는 법의 정신을 무시하는 일은 재판이라는 사법작용의 본질에 부응하지 못하는 것일 뿐만 아니라, 법원이 법률의 해석적용에 있어서 이와 같은 소극적 자세만을 취하게 된다면 법을 통한 정의의 실현이라는 재판의 본래의 목적은 도저히 이루어 낼 수 없는 것이다. 법원은 재판을 통하여 단순한 법문의 해석이 아니라 법의 정신에 어긋난 법의 흠결을 보충할 수 있는 법 창조적인 기능까지를 가지고 있는 것이다. 법형성 과정에 나타난 우리의 현실이 반대의견과 같은 법률해석을 통하여서만 달성될 수 있는 법원의 이러한 기능을 더욱더 요구하고 있다는 점을 특히 강조하여 두는 바이다<sup>356)</sup>.

상기 판결은, 법원이 헌법질서의 해석기구라는 점에서 법형성의 근거를 찾고 있다. “국가 법질서는 헌법을 최고법규로 하여 그 가치질서에 의하여 지배되는 통일체를 형성하는 것이고 그러한 통일체 내에서 상위규범은 하위규범의 효력근거가 되는 동시에 해석근거가 되는 것이므로, 헌법은 법률에 대하여 형식적 효력의 근거가 될 뿐만 아니라 헌법규정에

---

355) 대법원 1997. 3. 20. 선고, 96누1382 전원합의체 판결

356) 대법원 1997. 3. 20. 선고 96누1382 판결의 반대의견

포함된 법의 원리는 입법을 지도하는 원리로서 법률의 해석·적용에 있어서 당연히 고려되어야 하는 것”이라며 법원리를 활용한 법원의 법형성 정당화 근거를 밝히고 법원의 법형성의 정당화 근거를 밝히고 있다.

법원의 법형성 판결을 두고, 이를 ‘실질적인 법창조’라고 수궁하고 정의실현이라는 사회적 필요에 따라서 보다 적극적으로 법형성을 해야 한다는 입장도 있다. 구체적 사안의 정의실현을 위하여, 형식적 문언해석에 얽매이지 말고 성문(成文) 규정의 의미를 과감하게 확대해석하거나 또는 축소해석하는 논증은 이러한 관점에서 비롯한다. 법규범 창설로 받아들여지고<sup>357)</sup> 있는, 대법원78도246 전원합의체 판결의 다수의견 역시 이러한 관점에서 “법 규정의 본질을 바꾸는 정도의 것이 아닌 한도 내에서 이를 합리적으로 해석함으로써 뒤져진 법률을 앞서가는 사회 현상에 적용시키는” 것은 법원의 ‘임무’이기도 하다고 정리하고 있다<sup>358)</sup>.

같은 논지에서 경우에 따라서는 법형성은 법원에게 주어진 임무이기도 하다고 밝히며, 법형성 판결에 관한 긍정을 보여주는 대표적인 판례는 98두1857 판결의 다음 보충의견이다.

원래 법규의 규범적인 의미내용은 그 문언을 문법구조대로 해석하는 것이

---

357) - “명백한 contra legem!” (심헌섭, “법획득방법의 기본구조에서 본 법학과 법실무”, 1982, p.41)

- “입법이 전혀 예상하지 않았던 벌금 하한액을 감경할 수 있음을 법원이 선언함으로써 실질적으로는 새로운 법을 창조한 것과 같다고 말할 수 있다. (이회창 “사법의 적극주의”, 1987, p.152)“

358) 대법원 1978년 4월 25일 선고, 78도246 판결(전원합의체)의 다수의견

: “사회현상이 급속도로 변천되고 법률이 그 사회 변천에 따라가지 못하여 그 법률과 사회 실상과의 괴리가 심하게 되어서 해석 여하에 따라서 그 결과가 심히 부당하게 혹은 국민에게 가혹한 결과를 가져온다고 보일 때에 이를 완화하는 방향으로 해석함은 형법해석에서도 불가능한 것이 아니라 필요한 것이다. 도대체 모든 법은 법 규정의 본질을 바꾸는 정도의 것이 아닌 한도 내에서 이를 합리적으로 해석함으로써 뒤져진 법률을 앞서가는 사회 현상에 적용시키는 일방, 입법기관에 대하여 법률의 개정 등을 촉구하는 것은 오히려 법원의 임무에 속하는 일이고 법률개정이라는 입법기관의 조치가 있을 때까지는 그 뒤쳐진 법 규정의 재래적 해석적용이 부당한 결과를 초래한다는 것을 뻔히 알면서 이를 그대로 따를 수밖에 없다고 체념해 버리는 것은 온당치 않은 태도라고 생각한다.”

원칙일 것이나, 그러한 해석이 전체 법질서와의 관련에서 평가모순을 초래하는 경우에는 형식적인 자구해석만을 고집하여서는 아니 되고, 가능한 어의와 의미관련의 범위 안에서 그러한 모순을 피할 수 있는 방법으로 합목적적으로 해석되어야 하며, 그러한 해석은 필요하기도 할 뿐 아니라 법규의 해석·적용과 함께 법형성의 기능까지 동시에 담당하고 있는 법원의 임무이기도 한 것이다.<sup>359)</sup>

이러한 태도에 관해서 ‘임의적인 법형성’이라고 비판하며 헌법이 보장하는 자유와 권리를 해치게 된다는 반대의견이 제시되었다<sup>360)</sup>.

## 나. 법형성 판결의 부정

판결에서 관찰되는 논변에서 법원은, 법형성 논증에 의거한 결정이 ‘법률해석권’의 영역 내에 - 즉, 안전지대 내에 - 위치함을 수차례 강조한다. 법형성을 긍정하는 판결이건, 법형성을 부정하는 판결이건 논리의 기본 골조는 대동소이하다. 법원의 결정이 ‘법률해석권’의 범위 내에 있어야 한다는 것(대법원 99다23383 전원합의체 판결 등)이다. 즉, 특정 사안

---

359) 대법원 1999. 8. 19. 선고 98두1857 전원합의체 판결 中 대법관 정귀호, 대법관 이용훈의 다수의견에 대한 보충의견, 해당 보충의견은 다음과 같이 더욱 구체적인 내용을 부가·상술한다.

: “법원이 이를 해석함에 있어서 마땅히 그 문언의 의미 내용이 헌법과 환경관련 법률을 비롯한 전체 법질서와 모순을 초래하지 않도록 환경보전의 이념에 부합하게 합목적적으로 해석하여야 하는 것이지, 그 자구에만 매달려 형식적으로 해석하여 헌법과 환경관련 법률이 지향하는 법의 이념을 몰각하는 결과를 초래케 하여서는 아니 된다. 그러한 형식적이고 기능적인 해석은 헌법이 지향하고 있는 환경보전을 통하여 공동체의 삶의 질을 높여야 할 우리 모두의 임무를 저버리는 일이 되는 것임은 물론이고, 법해석의 일반원칙에도 반하는 것이다”

360) 대법원 98두1857 판결 반대의견

: “보충의견과 같이 임의적인 법형성에 이르는 법해석을 하게 되면, 국민의 자유와 권리는 법률로써만 제한할 수 있다는 헌법 제37조 제2항의 규정은 그 의미가 없게 되고, 헌법이 보장하는 국민의 자유와 권리 가운데 법관이 자기의 가치관에 따라 보다 중요하다고 생각되는 권리를 우선시킴으로써, 그것보다 열위에 있다고 생각되는 국민의 자유와 권리는 명백한 법률의 근거가 없이도 제한될 수 있다는 결론에 이르게 되며, 환경권이라고 하여 그 예외가 될 수 없을 것이다.”

에서 법형성 결정을 긍정하는 의견은 해당 결정이 법률해석권의 범위 내라는 입장이었고, 해당 법형성을 비판하는 의견을 해당 결정이 법률해석권의 범위 밖이라는 입장이다. 다시 말해, 서로 ‘법률해석권’의 영역 범주를 달리 이해하고 있기 때문에 상반된 결론을 내리게 되는 것이다.

사법부의 논변에서 법형성이 부정적인 의미로 사용되는 경우는 어떠한 사고·판단이 사법재량으로서 허용될 수 있는 ‘안전지대’를 벗어났음을 이유로 하는 경우가 많다. 즉, “명문의 규정에 반하는 법형성 내지 법률 수정을 도모하는 것으로서 법원의 법률해석권의 범위를 명백하게 일탈한 것(대법원 1999. 8. 19. 선고 99다23383 전원합의체 판결)”이라는 공세적 맥락에서 사용되었다.<sup>361)</sup> 어떠한 결정이 법원의 권능 박임을 비판하기 위하여 ‘법형성’이라고 표현하는 경우가 이에 속한다. 이러한 이유로 우리 법원의 판결에서 스스로 ‘법형성’을 하고 있음을 명시적으로 밝히는 경우는 드문 편이다. 법원은 실제로 법형성을 하고 있음에도 불구하고, 스스로는 그러한 법형성 결정을 두고서도 법을 ‘발견’하였다고 조심스럽게 표현하는 경우가 많다.

이처럼 ‘법률해석권의 범위’ 안에 있다는 간접적인 언명으로 정책적 결정을 하는 이유는, 법형성과 법해석의 통상성, 그리고 법적 논증 과정에서의 우선순위 때문일 것이다. ‘법형성’이라는 표현은 그간 법원의 ‘영역 밖’이라며 판결문에서 공세적이고 비판적인 경우에 사용된 빈도가 높다. 다음과 같이 78도246 판결의 반대의견은 법에 반하는 판결(*contra legem*)을 비판하고 있다.

무릇 재판할 사안에 대하여 적용할 법규가 없을 경우 법관이 법률이념에 맞도록 다른 법규를 유추적용 한다든가 또는 법규가 있기는 있으나

---

361) 동지의 관점은 제주지법 1999. 4. 14. 선고 99노1 판결에서도 다음과 같이 관찰된다.

“이렇게 해석한다고 하여 그것이 법규정의 가능한 의미를 벗어나 법형성이나 법창조행위에 이른 것이라고 할 수 없고 명문규정의 의미를 벗어난 확대해석을 함으로써 죄형법정주의의 원칙상 금지되는 입법의 미비를 덮으려는 유추해석이나 확장해석에 해당한다고 할 수 없다.”

그 의미 내용이 모호 애매할 경우 법관이 그 입법취지에 따라 적절한 해석을 함으로써 그 법규의 의미내용을 확정한다든가 하는 작업은 법관의 직권인 동시에 직무라 할 것이고 그와 같은 작업의 결과가 법률의 형식적 연원의 하나가 될 때 이를 판례입법이라고 일컫는다.

그러나 위와 같은 경우가 아니고 법률에 명문규정이 있어 그 의미내용이 명확할 경우에는 비록 그 법규가 그보다 앞질러 진전하는 경제 기타 사회적 실정에 아니 맞는다 하더라도 법관은 모름지기 국회의 입법 작용에 의한 개정을 기다려야 할 것이지 사회적 실정에 맞게 하기 위한다 하여 또는 피고인에게 유리하게 해준다 하여 명문규정을 억지로 고쳐서 적용하여서는 아니 된다 할 것이다.

따라서 본건 다수설과 같이 다액이라는 명문을 금액으로 고쳐서 해석한다는 것은 법관의 법률해석권의 범위를 일탈하여 국회의 입법권을 침해하는 것이라는 비난을 받아도 할 말이 없을 것이다.<sup>362)</sup>

법원의 결정이 협의의 ‘법해석’ 내지는 ‘법의 발견’에서 그치지 않은 경우를 대표적으로 보여주는 사안은 대법원 94도32판결이다. 해당 판결에서 다수의견은 법률의 문언을 해석함에 있어서, ‘관련 조문을 전체적, 종합적으로 해석하는 방법’을 취하여 결정을 내린다고 밝힌다. 그와 같이 전체적·종합적으로 법조문을 해석하는 방법은 법 규정의 가능한 의미를 벗어났거나 “법규정의 가능한 의미를 벗어나 법형성이나 법창조 행위에 이른 것이라고는 할 수 없어”서 해석의 범주 안에 있다고 말한다<sup>363)</sup>. 이

---

362) 78도246 판결의 반대의견 : 이영섭, 주재황, 김윤행, 강안희, 라길조, 김용철, 유태홍

363) [대법원 1994.12.20. 선고, 94도32 판결 (다수의견)]

형법 제170조 제2항에서 말하는 ‘자기의 소유에 속하는 제166조 또는 제167조에 기재한 물건’이라 함은 ‘자기의 소유에 속하는 제166조에 기재한 물건 또는 자기의 소유에 속하든, 타인의 소유에 속하든 불문하고 제167조에 기재한 물건’을 의미하는 것이라고 해석하여야 하며, 제170조 제1항과 제2항의 관계로 보아서도 제166조에 기재한 물건(일반건조물 등) 중 타인의 소유에 속하는 것에 관하여는 제1항에서 규정하고 있기 때문에 제2항에서는 그중 자기의 소유에 속하는 것에 관하여 규정하고, 제167조에 기재한 물건에 관하여는 소유의 귀속을 불문하고 그 대상으로 삼아 규정하고 있는 것이라고 봄이 관련 조문을 전체적, 종합적으로 해석하는 방법일 것이고, 이렇게 해석한다고 하더라도 그것이 법규정의 가능한 의미를 벗어나 법형성이나 법창조행위에 이른 것이라고는 할 수 없어 죄형법정주의의 원칙상 금지되는 유추해석이나 확장해석에 해당한다고 볼 수는 없을 것

에 대하여 해당 판결의 반대의견은 문언 해석의 엄격함을 이유로 다수의 견을 비판한다. ‘문언상 해석 가능한 의미의 범위를 넘어서는 것은 법창조 내지 새로운 입법행위’라고 지적하며 비록 다수의견이 해석의 영역을 일탈하지 않았다고 강변하고 있지만 실상은 성문법을 벗어나는 결론을 산출하였다고 한다<sup>364)</sup>

상기 94모32 판결이 형사 판결이라서 ‘법해석’임이 더욱 강변되었다고 할 수 있으나, 판결 분야를 막론하고 법원은 스스로 법을 ‘형성’하거나 법규범을 ‘창조’한다고 명시적으로 말하지는 않는다. 이는 법원이 법을 ‘해석하고 적용’하는 기관이라는 헌법적 수권 구도와도 이어져 있다. 또한 성문법 보정(補正)적 법해석 - 엄밀히 법형성 - 을 하는 경우가 빈번하게 관찰되는 소멸시효 사안에서조차도 법원은 다음과 같은 신중한 입장을 취하고 있다.

“일반적 원칙을 적용하여 법이 두고 있는 구체적인 제도의 운용을 배제하는 것은 법해석에 있어 또 하나의 대원칙인 법적 안정성을 해할 위험이 있으므로 그 적용에는 신중을 기하여야 한다.”<sup>365)</sup>

이 경우에도 법원은 법형성의 요건으로서 ‘법률의 본질’을 바꾸지는 않음을 부가적으로 실시하며 중요성을 강조한다. 하지만 우리나라 법원이 말하는 법률의 본질을 바꾸지는 않는다는 한계선이 의미 있기 위해서는,

---

이다.

364) 대법원 1994.12.20. 선고, 94모32 판결 (반대의견)

: 형벌법규의 해석은 문언해석으로부터 출발하여야 하고, 문언상 해석 가능한 의미의 범위를 넘어서는 것은 법창조 내지 새로운 입법행위 바로 그것이라고 하지 아니할 수 없으며, 이는 죄형법정주의의 중요한 내용인 유추해석의 금지원칙상 쉽게 허용되어서는 안 될 것이다.

365) 대법원 2008.5.29. 선고, 2004다33469 판결(손해배상 소멸시효)

국가에게 국민을 보호할 의무가 있다는 사유만으로 국가가 소멸시효의 완성을 주장하는 것 자체가 신의성실의 원칙에 반하여 권리남용에 해당한다고 할 수는 없으므로, 국가의 소멸시효 완성 주장이 신의칙에 반하고 권리남용에 해당한다고 하려면 앞서 본 바와 같은 특별한 사정이 인정되어야 하고, 또한 위와 같은 일반적 원칙을 적용하여 법이 두고 있는 구체적인 제도의 운용을 배제하는 것은 법해석에 있어 또 하나의 대원칙인 법적 안정성을 해할 위험이 있으므로 그 적용에는 신중을 기하여야 한다.

법률의 ‘본질’ 혹은 입법목적이 무엇인지에 관해서는 합의가 형성되어야 한다. 그러나 모든 해석자의 의견이 하나로 수렴하기 어렵기 때문에 구체적인 사안에서 법규정의 문언에 반하는 해석이 해당 법률의 본질을 침해하였는지 여부에 관해서는 평가가 다를 수 있다<sup>366)</sup>.

## 2. 법원이 ‘법형성’을 바라보는 관점

상기 검토에 따르면 우리 법원이 ‘법형성’을 바라보는 관점은 판결의 표현에 드러나는 것에만 따르면 상당히 부정적이라고 할 수 있다. 그러나 이는 실질적으로는 ‘법형성’이라고 판단되는 판결을 ‘법해석’의 정당한 영역 내에 존재한다고 주장하는 견해가 있다는 점에서, 외견적으로 관찰되는 법형성에 대한 부정적 태도가 전체적인 것은 아니다. 실제로 법형성을 하고 또한 그 이유의 합당성을 주장하는 여러 판결에서, 해당 판결의 내용적 타당성을 주장하는 전략으로서 ‘법해석’이라는 논리가 활용되었기 때문이다.

---

366) 양천수, 법률에 반하는 법형성의 정당화 가능성, p. 121

“이러한 요건은 상당히 추상적이어서 과연 구체적으로 어느 한도에서 법률에 반하는 법형성을 인정할 수 있는지에 대한 설득력 있는 기준이 되기는 어렵다. 이를테면, “부당한 결과”란 구체적으로 무엇인지, “법률의 본질을 바꾸는 정도의 것이 아닌 한도”라는 게 구체적으로 무엇을 뜻하는지, 법형성을 어떻게 하는 것이 합리적인 법형성인지에 관해 보충의견은 설득력 있는 기준을 제시하지는 못하고 있다.”



## 제 4 절 법원의 기능

### 제1항 법원의 기능과 역할

현실에서 법원은 성문법의 실질적 내용을 변경하거나 그 효력을 제한하는 등 법문언에 반하는 결정을 내린다. 판단 논리의 형성과 개발에 있어서 사회의 변화, 정의, 형평, 효율 등과 같은 추상적 개념에서 근거를 추출한다. 이처럼 어떠한 법해석 방법론이 타당한가에 관하여 학자마다 다양한 입장의 차이는 법해석에 있어서 다음과 같이 “텍스트 외의 관점이 얼마나 가공과정에 기여하는가에 대한 시각차이”에서 기인하며 “형식(form)을 중시하는 입장과 실질(substance)을 중시하는 입장”은 법률해석에서 중요한 변수로서 작용한다.<sup>367)</sup>

해석·결정의 주체인 법원의 관점에서 볼 때, 일정한 법적 기준이 존재함은 두 가지 측면에서 이해된다. 기준의 존재는, 법원이 결정을 내릴 때의 준거지침이 되어 안정성과 예측성을 담보하는 지침(指針)이기도 하며, 결정이 그에 구속되어야 하는 제약요인(constraint)이기도 하다. 실정법이라는 경계선 혹은 제약은 판단이 수월하다는 생산적 기능과 사안에 적합한 판단의 산출을 제약하는 소극적 기능을 동시에 갖는다.

법률에 의거해 법률의 ‘해석’ 기구인 사법부의 연역적 논증으로만 문제를 해결한다는 것은 관념적 차원에서는 만족을 제공할 수는 있더라도, 현실의 구체적 면면을 들여다보면 피상적 논의임을 여러 경우를 통해 확인할 수 있다. 사법 과정에서 문제사안의 판단 기준이 요청되어 특정한 기준이 현출되고 이것이 법규범으로 정립되는 경우가 적지 않다. 다음과 같이 대부분의 경우 법원의 사법 재량을 인정한다.

“기존의 법에서는 예상하지 못한 사실관계를 포함한 사안들은 발생하기 마련이므로, 모든 재판에서 결론이 법에 의해 구속되어 있을 수는 없다.

---

367) 권영준, “민법학, 개인과 공동체, 그리고 법원”, 2015, pp.1446-1447

그러한 사안에서는 법관이 법과 논리 대신 자신의 재량에 의해 판결할 수밖에 없다. 법이 완전한 형식적 체계를 이루고 있다는 극단적 법형식주의와 드워킨의 해석적 법이론을 제외하면, 대부분의 법철학자들은 어느 정도의 사법 재량은 불가피하다는 점에 대해 동의한다. 다만 전체 재판에서 재량 판결이 차지하는 비중에 대해서 상이한 평가를 내릴 뿐이다.”<sup>368)</sup>

법원이 판결을 통해서 형성한 법리와 의회에서 만들어지는 법률을 비교할 때, 법원의 결정이든 의회의 결정이든 양자는 향후 일정한 유형의 대상 범주를 위한 판단 기준을 제공하고 있다는 점에서는 본질적으로 같다. 샤우어(Schauer)는 의회와 법원이 내리는 규범 창설적 의사결정이 - 물론 규모와 수준은 다를지언정 - 본질적 속성은 유사하다는 점에서, ‘입법자(lawmaker)’의 범주에 법원, 의회, 행정청을 함께 묶고 있다.

법원은 구체적 특정 사건에 관하여 판결을 내리지만, 그럼으로써 “관련된 일군의 사안과 분쟁”에 관한 결정을 내리는 것이 된다.

“입법자(lawmaker)가 법을 만드는 경우, 해당 법은 미래의 [관련] 사안(a multiplicity of future instances)을 통어하는 규칙이 된다. 입법자는 - 입법자는 법관인 경우도 있고, 의회인 경우도 있고 행정부 기구인 경우도 있다(whether judge or legislature or agency) - 단순히 특정한 사안이 아니라 관련된 일군의 사안과 분쟁을 결정하고 규율하는 규칙을 만드는 것이다.”<sup>369)</sup>

일정 카테고리 범주로 묶이는 사안을 규율할 수 있는 규칙을 만든다는 점에서 의회, 행정청, 법관은 동일하다고 보는 샤우어는, 법관이 만드는 규범은 구체적 사안과 맥락에서 도출된 규범으로서의 장점을 가짐을 말한다. 의회에서 이루어지는 의사결정 과정과 비교할 때, 법관은 눈앞에 놓여있는 현안에 가장 적합한 결정을 내려야 하는 부담을 가지고 있기

---

368) 김혁기, “법적 추론의 기능에 대한 고찰”, 법철학연구 제13권제1호, (2010), p.15

369) Schauer, 전제서(주29), pp. 889-890

때문이다. 현실의 구체적 사안에서 발생하는 사법입법이 오히려 의회입법보다 우수할 수 있다는 것이다.

“사안에 기초한 규칙의 제정자(case-based rule-maker), 다시 말하여 보통 법의 법관은 목전에 놓여 있는 담당 사안 및 그와 유사한 일군의 사안들이 (this case and also other cases of this kind) 어떻게 결정하는 것인지를 자신이 담당하는 임무라고 생각할 것이다. 구체적 사안에 기초하지 않은 입법자(non-case-based rule-maker) 역시도 특정 사안 및 그와 유사한 속성을 지니는 미래의 일군의 사안에 관한 결정을 내리려고 할 것이나 목전의 현안에 적합한 결정을 내려야 하는 부담으로부터 벗어나(unencumbered (or unguided) by the necessity of deciding one of those cases right now) 있다.<sup>370)</sup>”

샤우어는 실제 분쟁 사례를 눈앞에 두고 구체적인 맥락을 파악하고 있는 법관에 비하여, 그렇지 않은 의회의 입법자가 규칙을 제정하는 것은 한낱 ‘추측(speculation)’에 지나지 않는 판단이라고 지적한다.

“실제 분쟁이 발생하지 않는 경우, 모든 것은 예측에 불과할 따름이며 (everything is speculation) 현실에 뿌리 내리지 않은 예측은 오도(誤導)될 가능성이 있다. 그에 반하여 실제의 사안이 존재하는 경우, [그에 관한] 규칙을 제정하는 사람은 구체적인 실제 사안의 구체적 맥락(a concrete context)을 고려하여 특정한 규칙이 현실에서 어떻게 작동하는지를 고려하여 규칙을 제정할 수 있다.<sup>371)</sup>”

법관의 법형성을 바라봄에 있어서 보다 신중한 접근을 취하여야 할 필요는 있으나, 샤우어의 통찰이 말하는 판례 입법의 장점은 부인할 수 없다. 법형성 판결을 통한 사법입법이 긍정적 특징을 보유하고 있으며, 그를 통해 법의 변화와 발전이 촉진되었다고 보아야 한다.

---

370) Schauer, 전게서(주29), p.891

371) Schauer, 전게서(주29), p.892

거시적 관점에서 볼 때, 입법권을 가진 의회 및 적극행정을 펼칠 수 있는 행정부에 비하여 사법부는 보다 신중한 역할을 하고 있으나 법원 역시 국가 기구로서 일정한 정책적 기능을 담당한다. 사법부와 입법부·행정부는 상호견제의 대상이자, 기관 간 협업의 관계에 놓여있기도 하다. 실정법의 지시를 넘어서, 법원이 수행하는 사법입법은 다음과 같이 명확하게 인지될 뿐만 아니라 그 필요성이 옹호되고 있다.

“법관이 구체적 사건에서 법을 해석하고 적용하는 과정을 들여다 볼 것 같으면 재판은 단순히 기존의 법 중에서 당해 사건의 사안에 꼭 맞는 법을 찾아 끼워 맞추는 일에 그치지 않고 때로는 기존의 법 또는 법문(法文)이 명시적으로 선언하지 않았거나 또는 예정하지 않았거나 또는 법의 명문규정 자체가 불합리한 경우에 법을 선언하고 합리적인 법을 새로이 창조하는 그러한 기능을 다하고 있는 것을 알 수 있다. (...)”

그러므로 외부에 표현된 언어를 해석하는 해석자는 이러한 여러 가지 의미 중에서 어느 것이 가장 적절한 의미인가를 선택해야 하고 때로는 본래 없는 새로운 의미를 부여할 필요도 생긴다. 더구나 법은 입법자의 주관적 의도와 시대적 배경 내지 시대사조(時代思潮)를 충실하게 고려해야 할 경우도 있겠지만, 때로는 입법자가 미처 예상하지 못한 의미를 부여해야 할 경우도 있고 또는 본래의 입법자의 의도나 시대사조를 무시하고 전혀 다른 별개의 의미로 해석해야 할 필요도 생기는 것이다.

이런 때에 사법이 당초에 입법이 예정하지 않은 의미로 확대하여 해석하거나 또는 다른 의미로 변경 또는 축소하여 해석하는 것은 실질적으로 새로운 법을 창조하는 입법과 다를 바가 없다. 법의 입법과 법의 해석 사이에는 법형성(法形成)의 방법과 과정에 차이가 있을 뿐이지 그 기능에는 본질적 차이가 없고 오직 정도의 차이뿐이라고 말하는 이유가 여기에 있다<sup>372)</sup>.

이러한 법원의 결정은 정책적 결정으로서, 법원의 정책적 판단이 탁월한 것인가에 관해서는 많은 우려와 비판이 제기된다<sup>373)</sup>. 이러한 정책적

372) 이회창(1987), “사법의 적극주의”, 서울대학교 법학 제28권제2호, pp.150-151

373) M. A. Crenson & B. Ginsberg, “Downsizing Democracy” pp.284-285, 295, 306

결정을 정당화하기 위해서는 법논리에 의거하는 ‘제한적’인 정당화는 그 결정의 내용에 관한 ‘추가적’ 정당화의 필요성이 요청된다.

## 제2항 법원의 의사결정

### 1. 법원의 정책적 판단

이 문제는 법원의 기능, 혹은 법관의 직능을 어떻게 이해하는가 하는 것과 맞닿아 있다. 법형성 결정은 법원이 단순한 ‘해석기계’ 이상의 논증 작업을 수행함을 의미한다. 법관이 ‘정책결정자’의 역할을 수행하게 되었다는 히라이의 분석은 법원이 그 실질적 기능에 있어서는 ‘작은 국회’가 되었다는 다음의 분석과 일맥상통한다.

“과거 같으면 법원으로 넘어오지 않고 정치권이나 행정당국의 위원회에서 해결했을 법한 많은 정치적 혹은 정책관련 사안들이 오늘날 법원으로 넘어오고 있다. 여의도에서 여야 국회의원이나 정당간의 싸움 노사정간의 불협화음, 정부와 환경단체의 싸움은 날이 새기가 무섭게 법정으로 넘어온다. 정책관련 사안들을 대거 떠안고 고심하는 판사들이 모인 법원

---

“집단적 정치행위를 통해 얻을 수 있는 정책 목표를 사법부를 활용해 달성할 수 있도록 한 결과 소송이 급증했다. 이는 고용 차별과 투표권, 소비자와 노동자 보호, 여성 인권, 환경 보호, 장애인 인권, 종교적 자유의 보장과 관련된 중요한 공공정책의 발전에 상당한 역할을 했다. 그러나 다른 측면에서 보면 법원을 조직된 이익들에 개방한 데에는 중대한 문제가 있다. 첫째, 소송은 협소한 이익을 가진 단체들이, 입법 과정에서 펼쳐지는 폭넓은 대안들 속에서 자신의 이익을 방어하거나 더 넓은 지지 동맹을 구축하고자 노력하지 않아도, 국가 정책에 영향력을 행사할 수 있도록 만든다. 둘째, 소송은 이익 옹호 단체들이 이해 당사자들을 동원하거나 그들의 실질적 필요와 선호를 고려하지 않고도 목표를 달성할 수 있게 한다. 셋째, 정치 전략으로 소송의 중요성이 커질수록 미국의 정부기관 가운데 가장 덜 민주적이며 대중에 대한 책임성도 가장 약한 사법부의 권위가 커진다. (...) 사법부는 소수이나 강한 동기를 가진 동맹의 ‘포획’에 본질적으로 취약하다. (...) 특정한 사회 목표를 대변하거나 특정 집단의 대리인으로 봉사한다고 주장하는 이들이 실은 자기 자신을 주요 대변하고 있다. ‘가짜 대표’는 법정에만 존재하는 독특한 현상은 아니지만, 사법부는 이런 행위에 가장 취약한 기관이다.”

은 어느덧 ‘작은 국회’가 되어가고 있다는 느낌이 든다. (…)

법원은 이제 조문이나 과거의 판례에만 의존하여 사적 인간의 균형을 고려하여 ‘중립적’인 결론을 내리기보다는 각종 정부목표나 사회적 효율, 사회구성원들의 도덕적 요청 등을 고려하는 정책판단도 겸하지 않으면 안 된다. 법관들이 판례집 이외에 통계숫자나 여론조사, 아니면 심지어 시사주간지도 뒤적이고 있다는 사실은 한 마디로 법 판단에서 정책적 사고의 비중이 점점 커지고 있음을 뜻한다.<sup>374)</sup>”

법원이 ‘작은 국회<sup>375)</sup>’가 되어가고 있다는 상기 분석은 출퇴근 중 발생한 사고가 ‘업무상 재해’에 해당하는지를 정책적 견지에서 검토한 판결(대법원 2005두12572 전원합의체 판결)에서 여실히 드러난다.

이처럼 법원이 내리는 결정에 ‘사회·정책적 판단 요소’가 개입함으로써, “정책지향형 소송에 있어서는 법관은 ‘옳은’ 또는 ‘바람직한’ 법제도 및 그 법제 하에서의 권리·의무의 배분을 구상하는 정책결정자 혹은 법제도설계자로서의 역할을 수행하게 되었으며, 소송당사자도 단순한 현재의 법제도나 정책에 대한 문제 제기자를 넘어 다수의 잠재적 당사자를 배후에 두고 이상적인 법제도의 구상을 주장하며 사회 일반에 소를 제기하는 문제 제기자가 되고 있다.<sup>376)</sup>”

## 2. 정책적 관점에서의 법적용

이러한 법원의 정책적 기능 수행은 대법원의 판례에서 자주 관찰된다. 정책적 배경을 두고 사안을 판단함에 있어서, 쟁점 조문에 대한 대법원

---

374) 박은정, 자연법의 문제들, p.49

375) 물론, 사법부가 법적 과정에서 다룰 수 있는 문제의 범위는 정치적 과정에서 다룰 수 있는 문제의 범위에 비하여 무척 협소하다. 특히 행정소송의 원고적격 논쟁에서, ‘법적 이익’과 ‘법률적 이익’이 문제된 사안에서 확인 가능한 것처럼, 소구권은 대부분 개별적·구체적·직접적 이익이 있는 주체에게 한정된다. 이처럼 한정된 문제에 의하여 점증적으로 판단을 내리는 법원 결정의 정당화에 관해서는 실질적인 방법론을 추가할 수 있겠다.

376) 강동욱, 법정책학의 의의와 과제, p.277

의 해석은 보다 유연한 태도를 취한다. 구체적 사안에 적용될 법의 의미를 추출함에 있어서 구체적 타당성을 위하여 사전적 의미에 한정되지 않고 법문언의 한계를 넘어서는 판결들은 종종 관찰된다. 법언어의 모호함과 연계되는 사법재량의 행사는 여러 국내 판결을 통해 예증할 수 있다.

특히, 산업재해보상보험법의 ‘업무상 재해’라는 법문언의 의미가 핵심 쟁점이 된 대법원 2005두12572 전원합의체 판결은 이를 잘 보여준다. 산업재해보상보험법은 업무상의 재해 개념에 관해서, “업무상의 사유에 따른 근로자의 부상·질병·장해 또는 사망”이라는 개략적 정의를 제공하고 있다. ‘업무상의 사유’라는 모호한 개념 정의는, 출·퇴근 도중 발생한 재해가 업무상의 재해로 인정될 수 있을 것인지를 두고 서로 다른 해석이 맞서는 결과를 가져왔다.

다수의견은 다음과 같이 ‘사업주의 지배·관리’ 하에서 업무를 수행하는지를 준거 기준으로 삼아, 근로자의 출·퇴근은 사업주의 지배·관리 영역에 속하지 않는다고 보아 업무상 재해성을 부정하였다.

‘업무상의 재해’란 근로자와 사업주 사이의 근로계약에 터 잡아 사업주의 지배·관리 하에서 당해 근로업무의 수행 또는 그에 수반되는 통상적인 활동을 하는 과정에서 이러한 업무에 기인하여 발생한 재해를 말한다. (...) 일반적으로 출·퇴근 방법과 경로의 선택이 근로자에게 유보되어 있어 통상 사업주의 지배·관리 하에 있다고 할 수 없고, 산업재해보상보험법에서 근로자가 통상적인 방법과 경로에 의하여 출·퇴근하는 중에 발생한 사고를 업무상 재해로 인정한다는 특별한 규정을 따로 두고 있지 않은 이상, 근로자가 선택한 출·퇴근 방법과 경로의 선택이 통상적이라는 이유만으로 출·퇴근 중에 발생한 재해가 업무상의 재해로 될 수는 없다. (대법원 2007. 9. 28. 선고, 2005두12572 판결 다수의견)

이러한 다수의견의 이른바 ‘해석’에 대해서 반대의견은 출·퇴근 행위는 업무와 밀접불가분의 관계에 있는 행위이기 때문에 사업주의 지배·관리 하에 있고 따라서 합리적인 방법과 경로에 의한 출·퇴근 행위 도중 발생한 사고는 업무상 재해에 해당하는 것으로 ‘해석’함이 타당하다고 비판하

였다<sup>377)</sup>.

“근무지나 출·퇴근 시각은 근로자가 자유로이 정할 수 있는 것이 아니고 오로지 사업주의 결정과 방침에 구속된다. 즉 근무지는 이미 정해져 있는 것이며 출·퇴근 시각 또한 사업주가 일방적으로 결정한 것에 따라야 하는 것이다. 또한, 이러한 출·퇴근 행위가 사업주의 지배·관리하에 있는지 여부는 규범적으로 파악되어야 할 것이지, 당해 행위가 사업장 안에서 이루어진 것인지 사업장 밖에서 이루어진 것인지 하는 단순한 물리적·공간적 요소에 의해 평가될 것은 아니라 할 것인바, 출·퇴근 행위 역시 업무와 밀접불가분의 관계에 있는 행위인 이상, 사업장 밖에서 이루어지는 행위라 하여 사업주의 지배·관리하에 있음이 부정될 수는 없는 일이다.”

특기할 만한 사실은, 법원은 해당 판결에서 법문언의 의미를 해석·확정하는 기준이 단순히 문리 해석에 제한되지 않음을 분명하게 밝히고 있다는 사실이다. 법원이 찾아낸 일련의 법적 논거들(the set of legal reasons)은 어떠한 결과를 정당함에 불충분하거나, 오히려 반대로 그러한 일군의 논거들이 여러 대안을 충분히 정당화할 수 있는 경우, 일련의 법적 논거들은 개별 사안에 있어서 단 하나의 결과만을 선택적으로 정당화해 주지 못하는 경우가 있다. 일련의 법적 논거들은 중요하거나 해결이 어려운 경우에는 단 하나의 결과만을 선택적으로 정당화해주지 못하는 경우가 존재한다<sup>378)</sup>.

---

377) 대법원 2007. 9. 28. 선고, 2005두12572 판결 반대의견 판시사항

또한 상기 이유 외에도, 반대의견은 공무원이 출퇴근 도중 당한 재해가 보상이 되는 반면 일반 근로자의 출퇴근 재해가 보상의 대상이 되지 않는다면 위헌의 소지가 있음을 함께 지적하였다.

378) 안성조, 법적 불확정성과 법의 지배, p.67

“... 법에 특유한 불확정성의 원인은 다음과 같다. 첫째 기본적으로 법적 근거들(legal resources) 간에는 상호 모순과 충돌이 존재하며, 따라서 그로부터 도출되는 결론 역시 상충할 수 있기 때문에 불확정성이 발생하게 된다. 그렇기 때문에 어떠한 법적 결론도 그러한 법원들로부터 도출될 수 있게 된다. ... 다음으로 법에 특유한 불확정성의 두 번째 원인으로서 일련의 법적 논거들이 너무 부족하거나 너무 넘쳐난다는 점이 지적된다. 해당 사안에 대한 법적 논거가 부족한 경우, 예컨대 법적 근거가 부족하거나 해석규칙 또는 추론방식 등이 발달해 있지 않다면 법관들은 사법재량을 통해 법외적(法外的) 논거를 동원하여 사안의 해결



사안의 쟁점이 된 것은, ‘업무상 재해’라는 구절의 어의였으나 그러한 어의(語義)를 판단하는 준거로서 사회정책적 배경이 고려되었다. 보충의견은 다음과 같이 ‘단편적 해석’의 결과가 위험할 수 있음을 경계하며 ‘업무상 재해’의 뜻을 새김에 있어서 신중한 접근방식을 취할 것을 요구한다.

“출·퇴근 재해를 업무상 재해로 인정하기 위한 요건을 어떻게 설정할 것인지, 그 보험급여의 수준을 어느 정도로 할 것인지, 재정적 여건을 갖추기 위하여 보험료율은 얼마나 인상할 것인지 등에 관한 종합적인 제도개선이 되기 이전에, 통상적인 출·퇴근 중에 발생한 재해를 원칙적으로 업무상 재해가 된다고 해석하는 것은 산재보험의 재정적 위기를 초래하고 보험료율 인상으로 인한 사업주들의 반발이 예상되는 등 상당한 혼란을 불러일으킬 우려가 있어 오히려 근로자 전체의 공공복리 증진을 저해할 수도 있다.<sup>379)</sup>”

“ (… ) 사회권적 기본권에 속하는 사항에 관한 법률에 대하여 단편적이고 제한적인 해석을 하는 것은 헌법상의 원칙에 반할 뿐 아니라 헌법에서 규정한 국민의 사회복지를 진정으로 보장·증진시키는 것도 아니며 오히려 그로 인하여 준비되지 아니한 정책을 사회적 대책 없이 맞이하는 혼란을 초래하고, 신속한 보장이 필요한 분야에 대한 적절한 보장을 할 수 없게 만드는 문제점이 있으며, 입법적으로도 모든 사정을 종합하여 신중히 결정하여야 하는 분야를 단편적인 법률의 해석으로 채택하는 것은 더없이 위험하다.<sup>380)</sup>”

---

을 도모하게 된다. 이는 특히 법적 근거가 풍부하게 발달하지 못한 사회에서는 더욱 현저한 특징이라고 볼 수 있을 것이다. 그러므로 이를 극복하기 위해서는 다양한 법적 근거들을 찾아내 법적 논거로 채택할 필요가 있는데, 여기서 하나의 역설이 발생한다. 법적 근거가 풍부해질수록 법관이 원용할 수 있는 법적 근거는 다양해질 것이고 따라서 해당 사안에 적용될 수 있는 단 하나의 법적 근거를 확정할 수 없게 되는 불확정성이 발생하기 때문이다. 즉, 법적 근거가 풍부해지게 되면 판결을 정당화해주는 유일한 근거는 존재할 수 없게 된다는 불확정성에 봉착하게 되는 것이다. 이처럼 법에 특유한 두 가지 불확정성의 발생 원인으로 인해 법적 불확정성은 결코 완전히 제거될 수는 없다.”

379) [다수의견에 대한 대법관 이흥훈의 보충의견]

380) [다수의견에 대한 대법관 안대희의 재보충의견]

이 판결이 드러내는 사실은, 법원이 모호한 법문언의 의미를 해석함에 있어서 불확정이 확정되는 과정에는 문언의 어의(語義) 이상의 요소가 작용한다는 것이다. 산재수급권이 사회권적 기본권이기에 제도적 보장으로서의 산업재해보상보험법을 해석함에 있어서 입법의 목적을 고려해야 한다는 것, 그리고 산재법의 특정 법문언을 해석함에 있어서 해당 문언의 의미는 사회정책적 고려에 의하여 다른 맥락에서 ‘풀이’되거나 혹은 ‘구체적 의미의 충전’이 이루어져야 한다는 것이다.

“산재보험 수급권은 산업재해보상보험법에 의하여 비로소 구체화되는 사회적 기본권으로서 적극적으로 급부를 요구할 수 있는 권리를 주된 내용으로 하고 있기 때문에 그 권리의 구체적인 부여 여부, 내용 등은 필요성이나 정책적 선호도를 따지기에 앞서 무엇보다도 국가와 국민의 경제적인 수준 등에 따르는 재원확보의 가능성이라는 요인 등을 고려하여 결정되어야 한다. 이와 같이 여러 가지 사회정책적 요소를 고려하여 관련 당사자들 사이의 합리적인 의사소통에 의한 조정을 통하여 입법적으로 해결하여야 할 분야에 입법 취지를 넘는 해석을 하는 것은 헌법상의 원칙에 반하는 것으로, 현재 산업재해보상보험법 개정안이 국회 계류 중에 있는 이상, (...) 사회보장적 견지에서 입법에 의하여 그 한계를 설정하는 것이 타당하다<sup>381)</sup>.”

법원은 ‘업무상 재해’ 여부를 판단함에 있어서 단순히 법문언이 사전적(辭典的)으로 지시하는 바를 준거로 삼는 것이 아니라, ‘사회·정책적 요소’를 고려한 판결을 산출하고 있다. 보충의견은 법문언의 개념 범주를 설정함에 있어서 법원이 관련된 정책적 배경을 염두에 두어야 함을 강조한다. 즉, 법문언의 의미 해석은 정책적 고려 및 사회적 맥락에 따라서 그 의미가 제한적으로 ‘축소’될 수도 있고, 과감하게 개념의 외연을 ‘확장’할 수도 있는 것이다.

---

381) [다수의견에 대한 대법관 양승태, 김황식, 안대희의 보충의견]

### 제3항 법원의 헌법적 수권영역

#### 1. 조건부 정당화

법원의 결정에 따른 법의 변화, 즉 새로운 법규범의 생성이 일어나면 그에 대한 ‘정당화’가 당연히 요청된다. 기존의 내용과 대동소이한 판결이 내려지는 경우 그에 대한 정당화 작업은 특별히 요청되지 않는다. 이미 정립되어 있는 규범적 질서, 권원과 권위에 의해서 정당성이 보증되기 때문이다. 그러나 새로운 내용의 법적 결정이 내려지면 그 결정에 대한 정당성에 관하여 의문이 제기될 수 있다. 법의 변화에 수반되는 정당성 확보가 어떠한 방법으로 이루어지는지 역시 검토가 필요한 일이다.

사법부는 법해석의 전문기관이라는 점을 들어 “법은 법원이 안다”와 같은 태도로 정당화 평가에서 자유롭기를 기대할 수는 없다. 그러나 중요한 점은, 법원 결정에 관한 정당화와 의회의 결정에 관한 정당화가 그 본질적 속성에서 다른 것은 아니라는 사실이다. 법원 조직은 조직이 구성된 기반이 입법부와 다르다. 하지만 헌법 기관으로서 의사결정 내용의 자격(qualification)을 보증하는 근거가 헌법의 수권에서 비롯되었다는 점을 생각하면 태생적 측면에서 그 차이는 크지 않다. 법원 및 의회<sup>382)</sup>가 내린 결정은 절대적인 정당화의 대상이 아니라, 조건부 정당화의 대상이다.

입법자와 법학자, 법관, 국민(여론)은 서로 상호영향을 주고받으면서

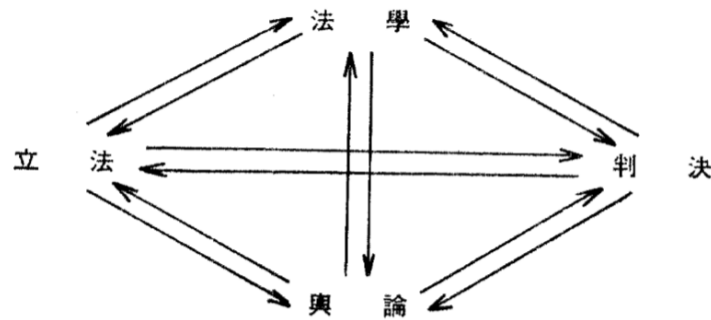
---

382) 존 로크, 강정인·문지영 역, 통치론: 시민 정부의 참된 기원, 범위 및 그 목적에 관한 시론, 까치, 1996, p. 143

“입법권은 일정한 목적을 위해서만 활동할 수 있는 단지 신탁된 권력이므로 입법부가 그들에게 맡겨진 신탁에 반해서 행동하는 것이 발견될 때 입법부를 폐지하거나 변경할 수 있는 최고의 권력은 여전히 인민에게 있다. 왜냐하면 모든 권력은 그러한 목적에 의해서 제한되는 일정한 목적을 달성하기 위해 신탁으로 부여되는 것이기 때문에, 권력이 그 목적을 명백히 소홀히 하거나 위반하면 신탁은 필연적으로 철회되며, 그 권력은 그것을 내준 자들의 손에 되돌아가기 때문이다. 그리고 권력을 회수한 자들은 자신들의 안전과 안보를 위해서 최선이라고 생각하는 곳에 그 권력을 새롭게 맡길 수 있다.

사회를 유지하고 변화시킨다. 이는 다음과 같이 상징적으로 전달할 수 있다.

〈그림 4-2 : 법 획득과 관련된 사회 구성원들의 상호 영향력<sup>383)</sup>〉



법원의 판결은 의회의 입법과 마찬가지로 사회가 추인해야 하는 ‘조건부’ 정당화의 대상이다. 사법부의 재량을 부인할 수 없는 것과 마찬가지로, 사법부의 결정에 대한 의문이 제기되는 것 역시 부인할 수 없다. 양자를 모두 긍정하고 보다 논리적 설득력이 높은 판결을 산출하는 것이 법원의 소임이라고 보아야 한다.

“경험에는 법획득에 있어서 중요한 의미를 가지는 사회적 사실로서의 일반 공중의 경험적 법적 평가도 포함된다. 사실 ‘권위적인’ 판결에서 법획득의 불안정은 일단락된다. 재심의 경우를 빼놓는다면 그것은 ‘확정력’도 갖추고 또 강제집행의 온갖 제도도 마련하고 있다. 그러나 법획득에의 탐구가 여기에서 성공적으로 끝난다고 믿는 것은 잘못이다. 판결은 구체적 절차에 대해서 최후의 말일지 모르나, 그 곳에서 노출된 추상적 ‘법문제’에 대해서 그런

383) 심헌섭, “법획득방법의 기본구조에서 본 법학과 법실무”, 1982, p.44에서 인용  
 “우리는 법획득의 전제에 대해 정보를 제공할 수 있는 네 개의 주체를 발견하였다. 즉, ① 법률을 가진 입법자, ② 해석서를 가진 법학자, ③ 판결을 내리는 법관, ④ 법적 견해를 가진 국민이 그것이다. 이들 넷은 서로 영향을 주고받는다. 물론 그 강도에 있어서 모두 같은 것은 아니다. 어떤 시대에는 공중이(말하자면 관습법), 어떤 시대에는 학설이(말하자면 학설법 내지 법률가의 법), 어떤 곳에서는 판결이(말하자면 판례법), 어떤 곳에서는 법률이(말하자면 성문법) 우위에 선다. 그러나 결코 어떤 것도 법획득에 완전히 배제되지 않고 협력하고 있는 것은 의심할 수 없다.”

것은 아니다. 판결은 다시 비판 밑에 서지 않을 수 없다. 우리는 판결 ‘후에’ 비로소 학문적 논의가 불붙기 시작하는 것을 본다. 그러나 드디어는 모든 국가 권력의 출처인 일반 공중의 심판정 앞에 서게 되는 것이다. 더욱이 재판은 공개적이기에 말이다. 오늘날 여기에는 신문, 텔레비전 등 막강한 여론 형성의 매체마저 갖추어져 있다. 법적 문제라고 해서 전문가만 말할 수 있는 것은 아니다. (...) 국민의 ‘법적 확신’도 이렇게 생기는 것이다. 누구나 근거 없이 부당하게, 다시 말해서 불평등하게 취급된다거나 인간적 대우를 받지 못하면 반항한다. 말하자면 인간에는 근원적인 ‘법감정’이 자리 잡고 있다. (...) 그래서 ‘정법(正法)’과 ‘정의(正義)’에 대한 징표들은 내용적으로 서로 심각하게 충돌하고 있는 것이다.<sup>384)</sup>

이는 법의 효력 근거를 설명함에 있어서, 사회적 효력으로서의 실효성에 그 중점을 두는 분석에서도 의의가 드러난다. 실효성이 결여된 법규범은 사회적 수용성 부족 때문이다. 사회 일반의 구성원들이 해당 규칙을 법으로 받아들여지지 않는다면, 즉 사회적 실행이 궁극적으로 보장되지 않는다면, 법의 지위를 누리기 어렵다. 즉, ‘조건부 정당화’가 완전한 정당화에 실패한 경우라고 할 수 있다.

법학적 효력 개념의 대상은 법적 효력이다. 하나의 규범체계 또는 규범이 어떠한 사회적 효력도 갖지 않는다면, 즉 사회적 실효성을 조금도 발휘하지 않는다면, 그러한 규범체계 또는 개별규범은 법적으로도 효력을 갖지 않는다. 따라서 법적 효력 개념은 사회적 효력을 반드시 포함한다. 법적 효력 개념이 단지 사회적 효력의 요소만을 포함한다면 실증주의적인 법적 효력 개념이 문제되고, 법적 효력 개념이 도덕적 효력의 요소도 포괄한다면 비실증주의적인 법적 효력 개념이 문제된다.

실증주의적 개념으로서 법적 효력 개념을 완벽하게 구성하려면 사회적 효력의 요소를 포함해야 하고, 비실증주의적 개념으로서 법적 효력 개념을 완벽하게 구성하려면 사회적 효력과 도덕적 효력의 요소를 포함해야 한다. 그

---

384) 심헌섭, “법 획득방법의 기본구조에서 본 법학과 법실무”, 서울대학교 법학, 제 23권 제1호, 1982, p.43

렇다고 해서 좁은 의미의 법적 효력 개념을 배제하는 것은 아니다. 좁은 의미의 법적 효력 개념이란 오로지 법적 효력의 독특한 성격에 관련될 뿐이고, 따라서 사회적 효력개념 및 도덕적 효력 개념에 대하여 대비 개념을 형성하는 법적 효력 개념을 말한다.<sup>385)</sup>

어떠한 법률이 규정에 맞게 제정되었을 때 - 권한 있는 기관에 의해 제정되고, 그 내용이 상위법에 저촉되지 않을 때 - ‘좁은’ 의미의 효력을 가질 수는 있으나, 사회적 실효성의 획득이 그만으로 보장되지는 않는다. 따라서 이러한 법률의 실효성을 감안할 때, 판결의 조건부 정당화와 법률의 조건부 정당화는 모두 같은 과제를 공유하고 있음을 인지할 필요가 있다.<sup>386)</sup>

## 2. 기관 간 협업

입법부와 사법부의 관계는 그 성격 - 능동성과 수동성 - 으로 인하여, 상하위계와 복속의 관계라고 오인되는 경우가 종종 있다. 그러나 헌법수권기관으로서 사법부는 입법부, 행정부와 협력 관계에 있다. 따라서 사회의 유지와 헌법적 질서의 구현에 있어서 법원은 일축을 담당하며 다른 기관들과 유기적 협업을 수행해야 한다.

법원이 사회적 기능을 수행함에 있어서의 태도 - 적극성의 정도 - 는 다른 헌법기관들이 수행하는 역할에 대한 평가와 연계된다. 사법자제주의(judicial restraint)와 사법적극주의(judicial activism)는 법원의 기능만을 놓고 판단하는 것이 아니라, 다른 헌법기관들의 기능·역할에 관한 평가와 함께 판단해야 한다. 만약 다른 기관들의 기능과 역할을 보다 강조

---

385) 로버트 알렉시 著, 이준일 譯, 법의 개념과 효력, 2007, pp.125-126

386) 박철, 법률의 문언을 넘은 해석과 법률의 문언에 반하는 해석, p.215, (2003)

: “따라서 현실적으로 볼 때 어떤 법률해석의 정당성은 논증에 의하여 획득된다고 할 수 있으며, 논증의 성공 여부는 사회적·제도적 장치를 통한 합리적 판단에 따르므로 정당성의 궁극적인 근거는 사회의 합리적 판단(법적 합리성에 관한 판단)에 있는 것이라고 설명할 수도 있지 않을까 생각된다.”

한다면 법원은 소극적이고 신중한 자세를 취한다. 또한 의회의 기능 수행에 대한 신뢰의 수준 역시 법원의 태도를 결정하는데 영향을 미치게 된다.<sup>387)</sup> 입법부의 전문성 부족으로 법의 완결성이 부족해지는 결과를 낳고 그로 인하여 법의 흠결이 자주 발생하게 되는 경우라면 법원은 보다 능동적인 입장을 취하게 될 것이다.

또한, 단순히 헌법의 기획에 따른 ‘권력의 분산’에 그치는 것이 아니라, 권력 상호 간의 ‘견제와 균형’이라는 측면에서 법원이 일정한 기능을 담당해야 할 필요성이 존재한다. 또한 행정부의 기능이 더욱 확대되어 행정국가의 경향이 뚜렷한 현대 사회의 특성을 생각하면, 법원의 기능 삼권분립의 유지를 위하여, 증대된 의회 및 행정의 기능에 상응하게 강화되어야 한다는 접근도 가능할 수 있다.

국가 공권력기구로서 법원은 헌법을 ‘해석’하는 기구이다. ‘헌법 해석’의 또 다른 표현은 ‘정책’적 판단이다. 이러한 차원에서 ‘사법재량’의 목적이 무엇인지를 따져보아야 한다. 사법기구가 헌법을 해석하는 순간, 이미 실질적 입법 기능을 담당하고 있다. 하지만 헌법에 따라서 방향성과 판단의 범위가 예정되어 있고, 예측가능성의 수준이 합리적으로 보장되어 있다. 구체적 지시가 없이 추상적인 방향으로 이루어진 헌법적 질서가 무엇인지 법원이 판단한다는 것은 결국 어느 정도 정책적 판단이 수반됨을 의미한다.

법원은 추상적인 ‘헌법’을 해석하고, 법원리(法原理)와 신의칙(信義則), 조리(條理)를 근거로 판단을 내린다. 정책적 판단이 개입할 수밖에 없다. 헌법 제103조<sup>388)</sup>가 말하듯이 법관이 헌법과 법률 그리고 직업적 양심에 따라서 판단한다는 것, 다시 말해 헌법의 관점에서 판단한다는 것은 결국 법원이 순수한 법리적 판단만을 하기는 어렵다는 점을 의미한다.

법원이 행하는 법형성의 초석을, “법관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판한다”라는 헌법 제103조의 ‘양심에 따른 재판’에

---

387) 권영준, “민법학, 개인과 공동체, 그리고 법원”, 2015, pp. 1442-1443

388) 제103조: 법관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판한다.

서 찾기도 한다. 다음의 글이 설명하는 ‘직업적 양심’의 기능은 자연법적 정의가 수행하는 기능과 유사한 역할을 통해 헌법질서에 합치하는 해석을 위하여 실정법으로부터 일정한 자유를 부여한다.

헌법 제103조는 “법관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판한다”고 말한다. (...) 첫째, 법관이 재판을 할 때 실정법적 근거로 삼아야 하는 것은 법률뿐만 아니라 헌법이 되어야 한다는 점이 법률에 반하는 법형성의 근거가 될 수 있다. 이를테면 특정한 법률이 형식적·절차적으로는 문제가 없지만 내용적인 면에서 헌법에 위반된다면, 법관은 해당 법률이 헌법에 위반된다는 점을 이유로 하여 이를 배척하고 달리 판단할 수 있다. 이 점에서 헌법 제103조는 실질적 법치주의 또는 헌법적 법치주의를 실정화한 것이라고 볼 수 있다. 또한 헌법 제103조는 법관에 대한 헌법합치적 해석명령을 제도화한 것이라고 말할 수 있다.

둘째, 법관이 양심에 따라 재판을 해야 한다는 점은 법률에 반하는 법형성을 실정법으로써 정당화하는 데 결정적인 역할을 한다. (...) 이에 따르면, 헌법 제103조가 규정하는 “직업적 양심”은 헌법이나 법률과는 구별되는 ‘정당한 법’, 즉 법관의 객관적·직업적 관점에서 본 ‘정의로운 법규범’을 의미한다. 전통적인 자연법론이 말하는 자연법이 바로 여기에 속한다. (...) 헌법 제103조가 말하는 직업적 양심은 실정헌법이나 실정법률을 넘어서는 그 무엇으로서 내용적으로 정당한 것을 담고 있는 법적 원리나 가치, 규범 등을 뜻할 수 있다는 것이다. 그러므로 법관은 제103조에 따라 실정헌법과 법률, 그리고 정당한 법규범에 구속되어 법적 판단을 해야 한다. 이에 의하면, 법률구속이념이란 정당한 법과 헌법 그리고 법률에 법관이 구속되어야 한다는 것으로 재해석할 수 있다<sup>389)</sup>.

헌법적 차원에서 사법작용을 바라볼 때, 법률에 반하는 법형성은 원칙적으로 허용되며, 법원은 헌법 제103조에 의하여 헌법질서에 합치하는 판단과 결정을 하여야 한다.<sup>390)</sup>

---

389) 양천수, “법률에 반하는 법형성의 정당화 가능성”, pp. 129-131

390) 양천수, 법률에 반하는 법형성의 정당화 가능성, p.135



## 제 5 장 법원리를 활용한 논증

### 제 1 절 Deus Ex Machina

#### 제1항 법원리의 추상성과 내용 충전(充塡)

##### 1. 법원리의 추상성

법원리가 뜻하는 바는 추상적이고 모호하다. 지시하는 내용이 명료하지 않기 때문에 구체적인 상황에 따라 그 뜻풀이가 가변적일 수밖에 없다. 그 추상성으로 인하여 당연히 구체적 판단 내용이 이리저리 옮겨 다니는 모습을 보이게 된다. 따라서 이러한 법원리가 ‘사회적 사실’로서의 법이라고 할 수 있는지 검토할 필요가 있다.

법원리가 법규칙을 계도(啓導)한다는 의미는 법원리가 그 실체가 확실하지 않은 규범이라는 뜻이기도 하다. 어떠한 법원리의 의미를 설명함에 있어서 필수불가결한 고정불변의 구성내용을 확정지을 수 없다는 점에서 법원리의 구체적 실질은 존재하지 않는다고 평가함이 적합하다. 사회적 정의, 공정과 타당, 형평의 관념 등 고도의 추상적이고 상징적인 언표로 구성된 법원리는 특정한 결론을 ‘지시’하는 기능을 하기에는 구체성과 실체성이 극히 부족하다. 어떠한 특정 사안에서 법원리는 적용될 수도 있고 되지 않을 수도 있다. 또한 적용된다고 하여도 그 결과에 대한 예측가능성이 현저히 낮다.

예를 들어, 법원 판결문에 흔히 등장하는, “통상의 법 감정과 합리적 상식”이 구체적 사안에서 정확하게 의미하는 바가 이견 없이 밝히기는 어렵다. 왜냐하면 같은 사안을 두고 다수의견과 반대의견이 말하는 ‘공평

과 정의의 관념’은 서로 제각기 다른 내용을 취하고 있기 때문이다. 합리적 상식에 따라서 결정이 내려졌다고 할 때, 그 결정이 비합리적이거나 비상식적이라는 점을 조목조목 논박하기란 어렵다.

이처럼 추상적 언표 때문에 구체적인 사안에서 선량한 풍속과 사회질서, 현저한 공정에 부합하기 위한 ‘정합적(整合的) 해석’이 어떠한 판단 결과를 도출할 것인지 예견하기 어려우며, 그를 법적으로 가능한 조건 하에서 얼마나 최적화하여 실현하는 것이 어떠한 형태와 양상을 가질 것인지에 관하여 이견이 존재하지 않을 수는 없다.

드워킨은 여러 법원리를 함께 검토하면 일정한 결과를 도출할 수 있다 (A set of principles can dictate a result)라고<sup>391)</sup> 하였으나, 법원리의 추상성으로 인하여 드워킨이 말한 바와 같이 여러 법원리를 함께 검토하는 경우에도 자동적으로 결과가 현출되는 것은 아니다. 다만 일군의 법원리를 고려하는 과정에서 ‘종합적’ 사고의 요청이 더욱 커진다.

법원리의 높은 추상성으로 인하여, 법 현실에서 ‘법원리 정합적’ 해석이 - 다른 과정이나 작동 기제를 수반하지 않고 - 곧바로 직접적인 영향력을 발휘한다고 보기는 어렵다. 라즈(Raz)는 법원리의 추상성이 ‘특정한 목표와 가치’와 결합하기 용이하다고 한다. 이처럼 특정 목표 및 가치와 결부하기 수월한 법원리는 그 유연한 성격으로 인하여 정책적 판단과 연계된다.

“법원리는 매우 추상적인(highly unspecific) 내용을 말하고 있기 때문에 법규칙에 비해서 모호하고 불확정적(more vague and less certain)이다. 이를 다른 한편에서 관찰하자면, 법규칙이 개별 사안에 적용되는 구체적이고 특정한 요건을 실시하고 있음에 반하여 법원리는 [그러한 추상성으로 말미암아] 일반적인 목표와 가치를 법적인 판단 안에 결부시키기에(suitable for incorporating into the law very general goals and values) 매우 적합하다<sup>392)</sup>.”

391) Dworkin, 'The Model of Rules', Chicago Law Review, (1967)

392) Raz, Legal Principles and the Limits of Law, p.842

라즈가 설명하는 법원리의 특성은, 법원리가 다른 규범과의 논리적 관계를 통해서 “간접적으로 영향을 미친다(indirectly through their logical relations with other laws which are norms)”고 하는 것이다<sup>393)</sup>. 추상적인 논거는 그 추상성으로 말미암아 법원이 문제사안에서 구현하고자 하는 ‘목표’, 혹은 법원이 추구하는 ‘가치’와 결합하기 쉽다. 따라서 법원은 특정 사안에서 목표 내지 가치를 염두에 둔 판단을 내림에 있어서 법원리에 의거하여 그와 결합한 것으로 인정하는 가치 내지 목표에 부합하게 특정한 판단을 도출한다.<sup>394)</sup>

예컨대 우리 민법전을 펼쳐서 확인되는 여러 법명제 내지 법규범 중 두드러지게 ‘추상적’인 조문을 고르자면, ‘선량한 풍속과 사회질서’를 말하는 민법 제103조<sup>395)</sup>와 ‘현저한 공정’을 말하는 제104조<sup>396)</sup>의 내용은 추상성의 수위가 높다. 해당 조문은 특정한 요건이 분명하게 구비된 법규칙이 아니라 법원리를 말하는 법률이라고 할 수 있다.

민법 제103조와 104조는 성문 실정법인 민법전에 수록되어 있기는 하지만 그 자체로서는 특정한 내용을 지시하거나 내포하지 않고, 법관의 논증에 일정한 지시를 내리는 것이 아니라 판단의 고려요소, 즉 보조적 지침을 제공하는 조문이라고 할 것이다. 민법의 다른 조문들은 실제적인 내용을 지닌다는 점에서<sup>397)</sup>, 민법 제103조와 제104조는 그 실질이 공허

393) Raz, 전거서, p.835. Raz는 법원리는 법에 속하기는 하나, norm처럼 직접적인 효력을 지녔다기보다는 그러한 법명제와 결합함으로써 사람들에게 효력을 발휘하는 간접적인 특성을 가진다고 본다.

394) 해당 판결에서 ‘법원리’라는 논거로 옹호되는 내용을 수긍하기 어려운 입장에서는 법원의 결정에 수상한 논거가 활용되었다고 - 그 수상한 논거가 ‘법원리’라는 이름으로 등장하였다고 - 생각할 것이다.

395) 민법 제103조(반사회질서의 법률행위) 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위는 무효로 한다.

396) 민법 제104조(불공정한 법률행위) 당사자의 궁박, 경솔 또는 무경험으로 인하여 현저하게 공정을 잃은 법률행위는 무효로 한다.

397) 예컨대 기산점(민법 제156조 내지 제160조)의 확인, 주물과 종물의 처분(민법 제100조), 상속의 순위(민법 제1000조) 등 권리 행사의 내용과 절차에 관한 실제적 내용이 규정되어 있다.

(空虛)한 조문이라는 평가 역시 가능하다. 특히 민법 제103조 및 제104조의 일반 조항을 판단의 근거로 삼는 경우, ‘일반 조항으로의 도피<sup>398)</sup>’를 통해 법적 안전성을 훼손시킬 수 있다는 우려 역시 존재한다.

다시 말하여, 해당 조문들은 법원리의 ‘존재’를 분명히 환기하는 조문 이기는 하지만 법원리가 ‘실정법 체계 내부에 존재’한다는 것을 확인하는 조문은 아니다. 사회의 도덕적 가치를 전달하는<sup>399)</sup> 해당 조문들이, 보다 구체적인 법규칙의 타당성과 효력을 상실하기 위해서는 법원의 판단이라는 작동 기제가 필요하지 그 자체로 법규칙의 효력에 직접적인 영향력을 행사한다고 보기는 어렵다.

앞 장에서 밝히 바와 같이, 법규칙과 법원리의 관계는 정도(degree)의 차이가 있는 연속적인 관계(continuum)에 놓여 있다. 따라서 법원리의 개념적 층위는 다양하다고 볼 수 있다. 그러한 점에서 법원이 ‘법원리’라는 비어있는 매개체 안에 구체적·실질적 내용을 충전(充填)한다는 것은 다소 과도한 주장에 속한다. 또한 ‘법원리’의 사유는 분명히 지향하는 바가 있다. 법원리의 내용이 추상적이기 때문에 그 실질이 공허(空虛)하다 하였는데, 아무리 추상적이라 해도 내용은 분명하게 존재한다. 법원리가 정말로 내용상 공허하기만 하다면 향도적 기능을 할 수 없기 때문이다.

하지만 논변의 구성을 위해서 법원리 중에서도 가장 극단적인 성격을 갖는 법원리를 상정하여 추상성과 불확정성을 강조하였다. 법원리의 내용적 실질이 공허하다는 것은, 법원리의 높은 추상성으로 인하여 규범 밀도(normative density)가 현저히 낮다는 것을 부각시키기 위함이다.

이러한 법원리는 법명제의 요건과 효력이 정확한 법규칙과 비교할 때,

---

398) 김형배, 민법학 강의 제9판, p.134

399) 이에 관해서 보다 정확한 설명을 부연하며, 예시한 민법 제103조와 제104조가 도덕적인 가치를 그 자체로서 ‘내포’하거나 ‘함유’하고 있는 것은 아니다. 민법 제103조와 제104조는 법행위와 그에 관한 판단이 법체계가 작동하고 있는 사회의 ‘선량한 풍속과 사회질서’ 그리고 ‘공정’과 연계되어 있다는 의미를 전달하는 ‘전달’의 역할을 할 뿐이다. 즉, 해당 조문 안에서 ‘내재적’으로 발견되는 도덕적 가치를 확인할 수는 없으며, 이 두 조문은 법과 도덕, 내지는 법과 사회적 가치가 연관이 있음을 말하는 형식적 연결자로서 기능한다.

그 지시 내용의 불확정적이므로 사법재량의 여지가 커진다. 낮은 규범 밀도는 더욱 넓은 사법재량의 여지를 의미한다. 즉, 법원이 문제사안을 해결하기 위하여 법규칙을 적용하는 경우 사법재량이 작용될 여지가 극도로 낮은 반면, 법원리를 적용하는 경우에는 사법재량이 증대된다. 추상적 법원리의 내용은 불확정적 지시이므로, 그러한 법원리의 지시를 문제사안 해결에 가장 적합한 확정적 ‘지시’로 변환하는 과정에서 법원은 재량을 발휘하게 된다.

## 2. 법원리의 비판과 향도 기능

법원리는 실정법에 대한 비판과 향도의 기능을 수행한다. 이러한 측면에서 라즈는 법원리의 해석적 기능이, 법해석 작업에서 가급적 법원리에 합치되는 법해석을 하여야 한다는 점에서 법원리의 해석적 기능을 설명한다<sup>400)</sup>. 라즈는 법해석의 근거로서의 법원리가 지니는 의의를 분석함에 있어서, 유사한 법규칙을 이질적인 법원리에 근거하여 해석함에 따라서 전혀 다른 해석 결과가 나올 수도 있음을 강조하였다. 라즈는 그러한 예를 특정하지는 않았으나, 거의 같은 내용을 가진 법규칙이 서로 다른 법체계에 각각 존재하는 경우, 해당 법규칙의 해석은 상이한 법원리를 적용함에 따라서 크게 달라질 수 있다고 말한다<sup>401)</sup>.

법원리의 향도적 성격은, 라즈가 정리한 법원리의 역할 중 ‘유일한 근거로서의 법원리’를 설명하는 이유가 된다. 법원리는 행동과 판단의 지침으로 활용되기 때문에, 라즈가 다음과 같이 정리한 바와 같이 법원리가 판결의 유일한 근거로서 작용하는 경우도 존재한다.

400) Raz, Legal Principles and the Limits of Law, p.839

“대부분의 경우 다른 조건이 동일하다는 여건에서, 법원리에 부합하는 법이 그렇지 않은 법보다 낫다는 인식은 강하게 공유된다.”

401) Raz, Legal Principles and the Limits of Law, p.840

법원리가 수행하는 중요한 기능은 서로 상이한 법체계를 비교함으로써 알 수 있을 것이다. 거의 유사한 내용의 법규칙이 서로 다른 법체계에 각각 존재하는 경우, 어떠한 법원리에 근거하여 그 법규칙을 해석하느냐에 따라서 해석 결과는 매우 달라질 수도 있기 때문이다(because they apply different principles for their interpretation).

“[이러한 경우] 법원 판결의 근거는 오로지 법원리에 전적으로 의거하여 이루어진다(The whole area of sentencing is governed almost exclusively by principles). 공무 담당자들과 행정기구는 법원리에 따른 이러한 유형의 결정방식에 많은 영향을 받고 있다. 법은 행정기구에 일정한 권한을 수여하고 해당 공적 권한을 일반 원칙(general principles)들과 조화하는 정책적 목표(policy goals)를 이루기 위하여 사용할 것을 지시한다. 이러한 경우 재량권의 행사는 법규칙이 아니라 법원리에 의하여 향도된다.<sup>402)</sup>”

이처럼 행동과 결정의 유일한 근거로서 법원리가 주어지는 경우를 입법적으로 대응하는 것은, 많은 법률에서 발견되는 목적 조항이라고 볼 수 있다<sup>403)</sup>. 기본법의 목적 조항들을 적용을 위한 구체적 법률요건이 없고 그 내용이 추상적이어서 법률 효과를 발생시키지는 않으나, 적용할 구체적인 규정이 없는 경우에는 목적 조항의 입법 취지를 구현할 수 있는 방향으로 판결을 내리게 된다.

---

402) Raz, p.842

403) 고용정책기본법, 환경정책기본법, 물류정책기본법 등의 여러 법률은 다음과 같이 제1조의 목적 조항에 법제의 취지와 구현 목표 등을 상술한다.

: **고용정책 기본법 제1조(목적)** 이 법은 국가가 고용에 관한 정책을 수립·시행하여 국민 개개인이 평생에 걸쳐 직업능력을 개발하고 더 많은 취업기회를 가질 수 있도록 하는 한편, 근로자의 고용안정, 기업의 일자리 창출과 원활한 인력 확보를 지원하고 노동시장의 효율성과 인력수급의 균형을 도모함으로써 국민의 삶의 질 향상과 지속 가능한 경제성장 및 고용을 통한 사회통합에 이바지함을 목적으로 한다.

: **환경정책기본법 제1조(목적)** 이 법은 환경보전에 관한 국민의 권리·의무와 국가의 책무를 명확히 하고 환경정책의 기본 사항을 정하여 환경오염과 환경훼손을 예방하고 환경을 적정하고 지속가능하게 관리·보전함으로써 모든 국민이 건강하고 쾌적한 삶을 누릴 수 있도록 함을 목적으로 한다.

: **물류정책기본법 제1조(목적)** 이 법은 물류체계의 효율화, 물류산업의 경쟁력 강화 및 물류의 선진화·국제화를 위하여 국내외 물류정책·계획의 수립·시행 및 지원에 관한 기본적인 사항을 정함으로써 국민경제의 발전에 이바지함을 목적으로 한다.

## 제2항 판결에 등장하는 법원리의 실제

### 1. 우리나라 판결에 등장한 법원리

우리나라 법원에서는 ‘법원리’를 판결문에 어떠한 방식으로 등장시키는지를 검토한 결과, 판시사항에 ‘법원리’가 등장하는 국내 판결은 총3건, 판결요지에 ‘법원리’가 등장한 판결은 총 17건이 존재함을 확인하였다<sup>404)</sup>.

그 중 판시사항에 ‘법원리’가 등장하는 판결 3건<sup>405)</sup>의 구체적 내용을 살펴보면, 실질적인 내용을 지시하고 있다기보다는, “사법의 규정 내지 법원리<sup>406)</sup>” 또는 “한국법 및 일반 법원리<sup>407)</sup>”라는 표현을 통해 사안과 관련된 제반의 법적 기준을 총칭하는 의미로 사용되었다. 즉, 지금까지 판결문의 판시사항에서 등장한 법원리는 어떠한 실질적 내용을 지시하기보다는 법적 기준을 총체적으로 일컫는 것 외에는 새로운 내용을 구체적으로 말하고 있지 않았다.

판결문에서 법원리가 등장하여 법적 기준의 총화를 의미하는 경우, 빈번하게 등장하는 표현은 법원리, 헌법원리, 사법원리, 입법원리 등이었다. 우리나라 법원의 판례에서 법적 판단 기준을 총체적으로 일컫는 경우의 법원리는, ‘사법의 규정 내지 법원리<sup>408)</sup>’, ‘사법원리<sup>409)</sup>’ 혹은 ‘일반 법원

---

404) 2019년 6월 기준, ‘법고을’ 검색 프로그램으로 ‘법원리’라는 표현이 등장한 판결문을 전수 확인한 결과 형식적으로는 총 161건 검색되었으나 ‘파주시 법원리’ 등 지명(地名)이 포함된 판결문도 있어 해당 판결을 제외하면 총 155건이 있다.

405) 대법원 2016.06.10. 선고, 2014다200763/200770판결, 대법원 2011.2.8. 선고, 2010마970 결정, 대법원 2001.12.24. 선고, 2001다30469판결

406) 대법원 2014다200763: 국가계약에 사법의 규정 내지 법원리가 그대로 적용되는지 여부에 관한 판결

407) 대법원 2010마970: 선박에 적재한 화물의 침수로 인한 손해배상채권 관련, 선적국인 파나마와 한국의 법률 중 무엇에 의할 것인지 판단, 2991다30469 : 차관계약의 준거법인 영국법에 관한 자료가 제출되지 않은 경우 한국법과 일반 법원리를 토대로 해당 계약을 해석할 수 있다고 판단한 판결

408) 대법원 2012.12.27. 선고 2012다15695 판결, 대법원 1996.04.26. 선고 95다11436 판결

409) 대법원 2012.06.14. 선고 2010두19720 판결, 대법원 1991.08.13. 선고 90누9414

리<sup>410)</sup>’라는 표현으로 등장하거나, ‘헌법원리<sup>411)</sup>’로 등장하기도 하였다. 특히 ‘사법상의 법원리나 민법의 일반조항<sup>412)</sup>’ 혹은 ‘헌법질서나 기타 법원리<sup>413)</sup>’와 같은 표현은 법원리가 일반·추상적 지침을 의미함을 간접적으로 드러낸다.

우리나라 판례에 등장하는 법원리의 용법은, ①법적 기준의 총화(總和)를 일컫는 대명사, ②내용 강조를 위한 수사학적 사용, ③특정한 방향성 제시의 3 가지로 크게 분류된다.

이처럼 법원리가 법적 기준을 총체적으로 지칭하는 것이 아닌 경우에는 법원의 결정을 강력하게 논변하기 위한 수사학적 구성 요소로서 사용되었다. “정당화할 수 있는 어떠한 법원리도 찾을 수 없다<sup>414)</sup>”라든가, “헌법원리에 위반한 잘못이 없다<sup>415)</sup>”라는 표현, “다른 헌법원리에 반하는 사정도 없으므로<sup>416)</sup>”라는 강조에 사용되었다. 혹은 판단이 합리적인지 여부를 강조하기 위하여, “합리적 근거 있는 차별인가의 여부는 그 차별이 헌법원리에 반하지 아니하면서<sup>417)</sup>”라는 표현처럼 타당한 근거가 있는 판단임을 강조하기 위하여 사용되는 경우도 있다<sup>418)</sup>. 불합리하고 자의적인 것으로서 입법형성재량의 범위를 현저히 일탈한 것인지 여부를 따지는 과정에서 등장하는 논변들이다.

---

#### 판결

410) 대법원 2011.02.08. 자 2010마970 결정, 대법원 2001.12.24. 선고 2001다30469 판결, 부산지법 2009.11.04. 선고 2009가합7536 판결, 서울행정법원 2008.11.25. 선고 2008구합26879 판결, 서울민사지법 1984.04.12. 선고 83가합7051 판결,

411) 헌법재판소 1997.07.16. 선고 96헌가6내지13

412) 서울고등법원 2009.02.10. 선고 2007나72665 판결

413) 서울고등법원 2009.02.10. 선고 2007나72665 판결

414) 대전고등법원 2006.09.06. 선고 2005나5469 판결

415) 대법원 1996.12.06. 선고 95누14770 판결

416) 헌법재판소 2011.12.29. 선고 2007헌마1001,2010헌바88,2010헌마173,191

417) 부산지법 2006.08.17. 선고 2006구합621 판결

418) 재량 및 제한의 비자의성을 강조하기 위하여, “헌법원리에 위배되지 아니하는 한도에서 입법형성의 자유가 있는 영역”이라는 표현이 사용되었다(2011헌바155)



## 2. 법원리의 용례 분류

### 가. 방향성의 지시

우리나라 판결문에서 등장하는 ‘법원리’의 용례는 몇 가지로 구분된다. 우선, 법원리가 단순히 법적 기준의 총화(總和)를 지칭하거나 혹은 결연한 논조를 위하여 수사학적으로 사용되는 경우가<sup>419)</sup> 있다. 하지만 그러한 수사학적 용례만이 아니라 어느 정도의 내용과 실질적 방향성을 가진 바는 다음과 같이 정리된다. 판결문에서 법원리의 구체적 지시 내용이 등장하는 경우는 몇 가지 범주로 분류가 가능하다.

[표 5-1 : 판례에 등장하는 법원리 표현과 용법]

내 용	표 현
적법절차 원칙	“적법절차의 원칙은 독자적인 헌법원리” (서울고법 2010.04.22. 선고 2009나103174 판결)  “적법절차의 원칙을 헌법원리로 수용” <sup>420)</sup>
권리남용 금지	“권리남용금지라는 일반 법원리” (특허법원 2009.02.18. 선고 2007허12961 판결)
신의성실	“자기의 언동을 신뢰하여 행동한 상대방의 이익을 침해하여서는 아니 된다는 법원리” (대법원 1989.11.28. 선고 88누8937 판결)
법치주의	“법적 안정성과 예측가능성이라고 하는 법치주의 법원리” <sup>421)</sup>

419) ‘사법의 규정 내지 법원리’ (대법원 1996.04.26. 선고 95다11436 판결), ‘헌법원리’(헌재 2011.12.29. 선고 2009헌마476 전원재판부 결정), ‘사법원리’(대법원 2012.6.14. 선고 2010두19720 판결, 대법원 1991.08.13. 선고 90누9414 판결), ‘근대 시민법원리’(헌재 2005.11.24. 선고 2004헌바97), ‘신행정수도에 관한 보편적 헌법원리’(헌재 2004.10.21. 선고 2004헌마554·566) 등이 대표적인 사례이다.

혼인과 가족생활의 존엄과 평등 (헌법 제36조 <sup>422)</sup> )	헌법 제36조 제1항은 혼인과 가족에 관련되는 공법 및 사법의 모든 영역에 영향을 미치는 헌법원리 내 지 원칙규범으로서의 성격 <sup>423)</sup>  혼인제도와 가족제도에 관한 헌법원리 <sup>424)</sup>
인간 존엄성	인간의 존엄성 존중이라는 헌법원리 <sup>425)</sup>
차별금지	헌법원리로부터 도출되는 차별금지의 명령 <sup>426)</sup>
자유 의 보장	“결사체의 형성과 조직, 활동에 있어서 자유가 보장 되어야 한다는 (...) 중요한 헌법원리” (서울고법 2009.02.10. 선고 2007나72665 판결)
기본권 제한 방법의 적정성	헌법원리에 반하지 않으며 객관적이고 합리적인 (...) 기본권 제한의 방법의 적정성 <sup>427)</sup>
자기 책임	“헌법원리로서의 자기책임의 원리” (헌법재판소 2010.03.25. 선고 2009헌마170 전원재판부 결정)
자유선거 원칙	자유선거의 원칙은 비록 우리 헌법에 명시되지는 않았지만 민주국가의 선거제도에 내재하는 법원 리 <sup>428)</sup>
평등선거 원칙	헌법원리인 평등선거의 원칙 <sup>429)</sup>
경제질서	헌법 제119조 이하의 경제질서에 관한 헌법원리 <sup>430)</sup>
사회국가 원리	국민에게 인간다운 생활을 할 수 있도록 하는 최소 한의 조건을 마련하여 주어야 한다는 사회국가적 원리 <sup>431)</sup>
지방자치	지방자치를 실질적으로 보장하는 헌법원리 <sup>432)</sup>

이 외에도, 국민은 기본권의 주체라는 기본권 향유<sup>433)</sup>의 원리를 의미하는 경우나, 통치구조로서 민주주의 원리<sup>434)</sup>를 강조하는 경우, “인권 보호를 위해 엄격한 형사사법원리”<sup>435)</sup> 등 기본적 헌법 질서를 강조하기 위하여 ‘법원리’가 사용되었다.

- 
- 420) 헌재 2010.03.25. 선고 2009헌마170, 헌재 2009.09.24. 선고 2006헌마1298, 헌재 2009.07.30. 선고 2008헌바162, 헌재 2012.12.27. 선고 2011헌바225, 헌재 2009.06.25. 선고 2007헌바25, 헌재 2009.09.24. 선고 2006헌마1298, 헌재 2004.05.14. 선고 2004헌나 등
- 421) 서울고법 1995.07.25. 선고 94나15358 판결, 서울고법 2011.6.23. 선고 2011노1146, 2011전노138 판결 등
- 422) (헌법 제36조) ① 혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.
- 423) 서울행정법원 2008.04.17., 선고 2007아1573 결정, 헌법재판소 2012.05.31. 선고 2010헌바87 결정, 헌법재판소 2008.10.30. 선고 2005헌마1156 결정
- 424) 인천지법 2004.07.23. 선고 2003드합292, 헌법재판소 2008.11.13. 선고 2006헌바112, 2007헌바71, 88, 94, 2008헌바3, 62, 2008헌가12(병합)
- 425) 헌재 2010.05.27. 선고 2008헌마491 ; 헌재 2009.11.26. 선고 2008헌마711 ; 헌재 2008.06.26. 선고 2007헌마917 ; 헌재 2008.12.26. 선고 2005헌바34 ; 헌재 2008.11.27. 선고 2007헌바51; 헌재 2007.11.29. 선고 2004헌바39
- 426) 헌재 2011.11.24. 선고 2009헌바146 ; 서울행정법원 2008.04.17., 2007아1573 결정 ; 헌법재판소 2008.11.13. 선고 2006헌바112, 2007헌바71, 88, 94, 2008헌바3, 62, 2008헌가12(병합), 헌재 2002.08.29. 선고 2001헌바82 등
- 427) 헌재 2011.12.29. 선고 2009헌마476 전원재판부, 헌재 2011.12.29. 선고 2009헌마476 전원재판부, 헌재 2008.01.17. 선고 2006헌마1075 전원재판부, 헌재 2008.01.17. 선고 2004헌마41
- 428) 헌재 2009.03.26. 선고 2006헌마526 전원재판부; 헌재 2009.03.26. 선고 2007헌바72, 헌재 2008.10.30. 선고 2005헌바32
- 429) 헌재 2009.03.26. 선고 2006헌마14 ; 헌재 2009.03.26. 선고 2006헌마188 ; 헌재 2009.03.26. 선고 2006헌마240, 371(병합) ; 헌재 2009.03.26. 선고 2006헌마67
- 430) 헌재 2011.10.25. 선고 2010헌마661, 헌재 2011.10.25. 선고 2010헌마661
- 431) 헌재 2008.11.13. 선고 2006헌바112, 2007헌바71, 88, 94, 2008헌바3, 62, 2008헌가12(병합), 헌재 2006.05.25. 선고 2005헌마362
- 432) 헌재 2007.12.27. 선고 2004헌바98,
- 433) 헌법재판소 2008.02.28. 선고 2005헌마396 전원재판부  
: “국가는 개인의 기본권을 최대한 보장할 의무를 지고, 국민은 기본권의 주체로서 자신의 기본권을 국가권력에 의한 침해로부터 방어할 권리를 (···) 헌법원리”
- 434) “통치구조의 헌법원리인 민주주의원리”(헌법재판소 2009.06.25. 선고 2007헌마40 전원재판부)
- 435) 서울고법 1989.06.14. 선고 87나3933

## 나. 결합이 느슨한 대상군(群) 지시

상기와 같이 어느 정도의 방향성을 지닌 용례로서 법원리가 사용되는 경우 외에도, 법원은 법 명제의 형태로 정리되는 과정에 놓여 있는 특정한 내용의 이론을 집약적으로 재언명하는 경우<sup>436)</sup> 등 판결문에서 ‘법원리’라는 표현을 사용하여 법체계의 구성 요소로서 포섭되고 있는 일군의 대상을 지칭하는 경우도 있다.

“노사 대항적 관계의 단체교섭에 있어서 노사 간 힘의 균형을 확보해 줌으로써 집단적 노사자치를 실현한다는 집단적 노사관계법의 기본적인 법원리(헌법재판소 2008.12.26. 선고 2005헌마971,1193,2006헌마198)”

혹은 특정한 법률의 성격 및 입법목적 등을 설명하는 과정에서 입법원리라는 표현을 사용하였거나<sup>437)</sup>, 체계적 논리성을 강조하기 위하여 법원리가 판결에 등장한 경우<sup>438)</sup>도 존재한다.

즉, 법원리가 우리나라 판결에서 사용된 경우 구체적 실질이 명확하게 드러나기 보다는, 수사학적 강조와 특정한 성격을 공유하지만 개념적 결합이 느슨한 대상 군(群)을 문맥에 따라 재언명하는 과정에서 드러나는 경우가 상당수였다. 또한 법원리가 어느 정도의 내용이나 방향성을 드러내는 경우라고 하더라도 헌법질서를 말하기 위한 표현과 전달의 수단으로 사용되는 경우였다. 이처럼 판례의 실재를 볼 때, 법원리의 추상성 및

436) 이러한 법원리는 회계상 부기의 방법에 관하여 새로운 방식을 개발하여 그 해설서적을 발행한 자에게 그 서적상의 예제서식에는 저작권이 인정되지만 그가 새로이 개발한 부기법에 관하여는 공익의 필요에 따라 저작권을 부여할 수 없다는 1880년 베이커 대 셀든(Baker v. Selden) 사건 이래 미국 저작권법상 확립된 이론이다. (서울민사지법 1990.04.19. 선고 89가합39285)

437) 제조물책임, 제조업자의 고의, 과실에 대한 입증 없이도 손해배상책임을 추궁할 수 있도록 하기 위하여 특별히 도입된 입법원리 : 수원지법 2009.08.20. 선고 2008가합27878 판결

438) 구성원의 개성이 매몰되는 단체법원리 : 2006.04.20. 선고 2004다37775 전원합의체 판결 보충의견 (대법관 김영란 보충의견)

내용의 충전작업이 요청되는 속성을 확인할 수 있다.

### 3. 법원리에 입각한 논증의 방식

법원리가 논증 과정에 활용되는 경우, 법원의 판단 방식은 법규칙을 적용한 법해석 논증과 다른 방식으로 진행된다. 법규칙의 경우, 사안에 적용 가능한 구체적 법률요건을 판별하고 그에 따른 법률효과를 부여한다. 즉, 실정법의 의미를 확정하여 구체적 사안에 적용하는 ‘포섭(subsumption)<sup>439)</sup>’의 방식에 따른 논증이 일차적으로 구성된다. 법규칙 역시도 불확정 개념이 상당 부분 존재하기 때문에 법원리와 마찬가지로의 사고 과정을 거친다. 하지만 포섭을 통해서 논증이 상당 부분 해결된다.

이 경우 법원은 당면 사안과 관련된 모든 제반 요소들을 종합적으로 고려하는 사고를 전개하지는 않는다. 통상 문제되는 중요한 사정만을 전형적인 틀에 따라 추출하고 해당 내용에 대한 범명제 ‘포섭’을 통해 법률요건과 법률효과를 확인한다. 그러나 법원리가 논증에서 사용되는 경우, 법원은 사안과 관련된 제반 사정을 종합적으로 고려하여 구체적 정의를 실현할 수 있는 ‘적합한’ 결정을 내린다. 이 때 법규범 및 사회의 도덕규범과 정책적 고려 등이 다양한 평가지표로서 개입한다.

특정한 법률 내지 법조항이라는 근거로 법원이 판결을 내리는 경우에는, 법적 요건을 확인하고 문제사안의 사실관계가 해당 법적 요건에 포섭되는지 검토하는 작업, 그리고 법적 요건에 따라 주어진 법적 효과가 발생하는 작업이 이루어진다. 이러한 법적 사유에서는 법규범이 먼저이며 그를 적용하는 결정이 이루어진다. 그러나 법원리 - 판결문에 따라 원칙, 법질서, 법체계의 지도이념 등 여러 명칭으로 등장하지만 - 를 근거로 판단을 내리는 경우 법원은 사안에 관련된 여러 가지 요소를 형량하고 고려하여 사안 해결에 적합한 결정을 산출하게 된다. 가장 타당하

---

439) 포섭은 특정한 개념이 일반 개념(generic concept)에 포함됨을 의미한다. 치펠리우스처럼 포섭과 법해석을 동등하게 생각하는 견해도 존재한다.

고 적합하다고 판단되는 결정을 산출한 다음, 해당 결정의 논리적 근거를 법원리로 귀결시키는 작업이 이루어진다.

이 경우 법원의 작업은 문제사안의 제반 여건을 고려한 종합적 사고를 통해 일정한 결정을 먼저 도출하고, 그런 연후에 해당 결정을 지지하는 논소(論素)를 여러 가지 법원리에서 찾는다. 하지만 이들은 판단의 과정에서 자리 잡아 부인할 수 없는 영향력을 행사하였다기보다는 여러 요소를 고려한(all things considered) 결정이 이루어지고 나서 해당 결정의 내용적 타당성과 논리적 뿌리를 찾는 과정에서 사후적으로 등장하는 것이라고 봄이 현실의 법 현상에 관한 보다 정확한 관찰 결과이다<sup>440)</sup>.

법원이 구체적 사안에 적합한 내용을 충전(充填)할 수 있는 법원리가 논증 과정에서 사용되는 경우, 이는 제2장에서 살펴본 형식을 중시하는 사고와 실질을 중시하는 사고 중, ‘실질’을 중요시하는 사고와 맞닿는다.

법적 판단을 도출하기 위하여 추상적인 법원리 혹은 법원칙을 동원하는 법원리 논증을 바라보는 방식에 있어서, 자연법이론과 법실증주의 이론은 그 이해를 달리한다. 그런데 비실증주의 관점에서 볼 때, 법원이 법원리를 활용하여 법형성 결정을 내리는 것은, 해석의 막다른 한계에서 내리는 ‘선택’이 아니다.

법원리와 형량 간의 필연적인 관련성을 주장한 알렉시는 여러 법원리들을 서로 형량함으로써 사안과 관련된 법원리들의 최적화 구현이 가능할 수 있다고 한다. 충돌하는 규범 중 어느 하나의 효력을 훼손해야 하는, ‘어느 하나가 죽어야 다른 하나가 사는’ 법규칙의 충돌과는 달리, 법원리 간의 경합은 형량을 통해서 ‘최적화’의 해결이 가능하기 때문에 양자는 더더욱 차별화된다는 것이다.

흔히 우리가 법해석이라고 부르는 법적 삼단논법이 구성요건과 법률효과로 나타나는 법률개념들의 의미를 풀이하고 해당 사실관계가 그 의미에 포섭되는지를 따진다면, 이익형량은 해당사안과 관련하여 상호충돌하는 법원리

---

440) 법원리 등을 이유로 하는 판결은 명문의 규정을 적용하는 결정보다 예측가능성이 낮아지게 되어 불확실성이 늘어나는 문제점이 있다.

들 각각의 상대적 비중(relative weights)을 측정하여 이들 중에서 어떤 법원리가 적용되어야 하는지를 판정한다<sup>441)</sup>.

즉, 이러한 비실증주의 관점에 의하면, 법형성 판결은 법원이 법원리를 모색함으로써 보다 정합적인 해석을 통해서 법의 이성을 구현하는 것이다. 법원이 법원리 판결을 통해 법의 변화를 가져오는 과정은 ‘더 높은’ 법질서에서의 합치를 모색하면서 자연법을 보다 완전한 형태로 구현함으로써 올바른 답을 찾는 과정이다.

이러한 입장에서 ‘올바른 판단’을 추구하는 법형성 판결은 정책적 고려 또는 선택이라기보다는 우리사회 법질서의 기초가 되는 자연법원리를 모색하는 것이다. 따라서 이 경우에는 법원의 법형성 판결을 순전히 사회적 여건을 고려한 정책적 고려로 환원할 수는 없으며, 해당 판결에서 말하는 사회의 정의와 도덕적 가치는 인간 이성의 보다 완성되고 발전된 단계를 지향하는 내용이다.

하지만 이는 법실증주의 입장에서 보다 간명하고 정확하게 설명 가능하다. 그러나 법실증주의 관점에서 볼 때, 법원이 법원리를 이유로 하는 법형성 결정을 내리는 것은 결정 과정에서 ‘선택’을 – 그러한 선택이 의식적 차원이건 무의식적 차원이건 – 내리는 것이다. 법원이 구체적 법조항이 아니라, 특정 결론을 지시하지 않는 추상적 법원리를 판결 이유로 드는 것은 해당 사안에서 보다 적합한 결정을 산출하기 위하여 정책적 사고를 통해 판단을 내리기 때문이다. 법원이 특정 사안에서 법형성 작업을 하는 이유는 기왕의 완결된 법논리를 동원해서는 사안에 적합한 결론을 도출할 수 없기에 정책적 요소를 고려한 판단을 내리는 것이다. 법원리라는 명목 하에서 법원의 판단 과정에서 문제사안과 결부된 여러 사회·정책적 요인이 고려된다. 주목할 만한 점은, 법원이 논증에서 법원리를 활용하는 경우에는 법규칙의 적용에 앞서는 ‘우선순위’를 보증한 다음 사용한다는 것이다.

---

441) 김도균, 법적 이익형량의 구조와 정당화문제, 2007, p.47

이를 다시 정리하면 법원의 논증이 법체계 내부의 자료만을 활용하는 논증으로만 이루어지는 것이 아니라, 법외(法外)의 논거를 동원하는 방식으로 이루어진다는 것이다. 적합한 결정을 도출하기 위하여 법원은 법체계 내의 성문법만을 준거 규범으로 삼지 않는 논증을 하며, 이는 판례법을 대함에 있어서도 마찬가지이다. 1966년 사법실행 성명(Practice Statement)<sup>442)</sup>은, “너무 경직되게 판례를 고수하면 구체적인 사건에서 부정의로 귀결될 수 있음”을 이유로 제정법이나 정립된 선례에서 이탈하는 것은, 법체계 내부의 자원이 아닌 요소를 판단의 논거로서 활용함에 있어서 타당성을 부여한다. 이 경우에도, “법체계의 안정성을 위하여” 기존 판결들은 통상적으로 구속적이라고 취급할 것이라는 신중한 접근 역시 성문법 규정을 넘어서는 논증을 하는 경우와 유사하게 관찰된다. “유연하게 작용하면서 각 사안의 구체적 타당성을 지향하며, 그 결과 도출된 결론의 선례성에 크게 집착하지 않는 특성”<sup>443)</sup>을 가지는 것은 표준 혹은 법원리를 활용한 판단의 방식이다.

실제 법형성 판결에서 등장하는 원리와 원칙, 법질서를 특정한 법률 내지 구체적 법조항과 동일선상에 놓고 바라보기는 어렵다. 법원리가 거론된 판결에서 법원의 사유 방식은 특정 법조항을 근거로 판단하는 사유 방식과 다른 것으로 이해함이 적당하다.

특정한 문제사안을 해결하는 과정에서 실정법이 아닌 논거를 활용한다

442) “우리 법관들은 판례의 활용이 법이 무엇이고 개별 사건에 적용되면 어떻게 되는지를 판정하기 위한 불가결한 것이라고 여긴다. 그것은 개인들이 자신의 일을 해나갈 때 의존할 수 있는 적어도 어느 정도의 확실성(certainty)과 함께 법규칙의 질서 있는 발전을 위한 기초(a basis for orderly development of legal rules)를 제공한다. 우리 법관들은 그럼에도 불구하고 너무 경직되게 판례를 고수하면 구체적인 사건에서 부정의로 귀결될 수 있고 또한 법의 올바른 발전이 부당하게 제약될 수도 있음을 인정한다. 그러므로 우리는 우리의 현재의 실행을 수정(완화)함으로써, 본 원의 기존 판결들은 통상적으로 구속적이라고 취급하면서도, 그리하는 것이 옳다고 보이는 경우에는 기존의 판결로부터 이탈하고자 한다. 이와 관련하여 우리는 이미 행하여진 계약, 재산처분, 재정협정 등의 기초가 소급적으로 교란될 위험성과 형법상 특히 요구되는 확실성의 요청에 유념할 것이다.”

(1966, 3 All ER 77)” 173 Practice Statement : Judicial Precedent in, J. Martin, *English Legal System*, Routledge, 2014

443) 권영준, “민법학, 개인과 공동체, 그리고 법원”, 2015, p.1452



면, 이는 법체계 ‘외부’의 자원을 현행 법체계 내로 포섭하여 활용한 것이지, 해당 논거가 기존의 법체계 내부에 이미 존재하였던 것은 아니다. 이는 우리 사회의 법체계가 개방적·가변적임을 보여주는 것이기도 하다.

#### 4. 법원리의 실질 결핍과 내용 충전(充填)

법원리는 불확정적이며, 접목되는 사안에 따라 그 내용이 가변적이다. 일반적이고 추상적인 법원리만으로는 특정한 판단을 내리기 어렵다. 법원리는 법규칙을 계도하는 방향등으로서의 역할, 목표를 제시하는 역할을 하고 있으나 구체적 내용을 지시하지 않는다. 법원리가 표상하는 실질적 내용이 무엇인지 곧바로 파악하기란 어렵다.

구체적 사안의 해결을 위하여 등장하는 법원리는 해당 사안에 대한 판단이 요청됨에 따라 맥락에 따른 내용을 가지는 것이지, 해당 사안에서 활용된 법원리의 구체적 내용이 해당 사안의 등장 이전에 선형적으로 존재한다고 보기 어렵다.

따라서 법원리가 현실에서 영향에 발휘하기 위해서는 그 실질을 채우는 작업<sup>444)</sup>, 혹은 ‘내용 충전(充填)’ 작업이 이루어져야 한다. 이를 달리 말하면, 법원리의 구체적 실질은 존재하지 않기 때문에 상황의 맥락에 따라 다른 내용의 충전(充填)이 가능하다는 것으로 정리할 수 있다. “일반조항은 그 조항을 실제로 적용하는 과정에서 비로소 그 내용이 구체화 되는데, 이 과정에서 법관의 가치충전(價値充填)<sup>445)</sup> 작업이 이루어진다.”

예컨대 ‘평등’이라는 법원리에 있어서, 미국 헌법에 기재된 평등조항 자체는 200년이 넘게 동일하게 유지되고 있다. 그러나 미국 사회에서 조항의 ‘평등’이 실제로 의미하는 바는 수십 년 이전과 지금의 현실에서 너무나 현격한 차이를 보인다. 이는 “미국 사회, 미국 사회에 있어서의 흑인의 지위가 바뀐” 이유 때문이다<sup>446)</sup>. 이를 두고 다음과 같이 “법원리는

---

444) 여기서 실질의 결핍은 규칙과의 비교 하에서 상대적 의미의 결핍이다.

445) “민법학, 개인과 공동체, 그리고 법원”, 2015, p.1418

독자적인 실체를 가지지 않는다”라고 평가할 수 있을 것이다.

“해석법학 그리고 일부의 법철학은 법개념이나 법원리가 선재하고 이것이 인간의 구체적 행위를 이끌어낸다는 존재론적 가정을 갖고 있다. 예컨대 법개념으로서의 소유권이라는 것이 이미 존재하고 있기 때문에 나는 타인이 내 소유를 침해하는 것을 배제할 수 있다는 식이다. 또 ”자신의 불법으로부터 이익을 얻을 수 없다“는 법원리가 존재하기 때문에 법관은 피상속인을 살해한 자의 상속권을 박탈하는 판결을 내려야 한다는 식이다. 이런 관념은 개념이나 원리가 실제로 존재하고 있는 듯이 가정함으로써, 실상 이러한 개념이나 원리는 인간 행위자의 현실적 행위에 의해서만 표출되고 확인되고 변형되고 있다는 사실을 상대적으로 무시하고 있다. 모든 법개념과 법원리는 독자적인 실체를 가지지 않는다. 그것은 다만 인간의 행위에 의해서, 인간의 구체적인 의무 부여에 의해서만 잠깐씩 그 모습을 드러내고는 다시 사라지는 것들이다<sup>447)</sup>.

법원리가 현실적으로 확인되는 경우는, 문제사안의 해결을 위하여 일정한 내용을 법원리의 이름으로 지시하는 경우이므로, 법원리는 그 자체로는 고도의 추상적 지침일 뿐, 특정한 사안과 결합하기 이전까지는 구체적 실질이 결핍된다고 볼 수 있다<sup>448)</sup>. 물론, 법원리가 최소한의 내용적 실질은 구비하고 있으나 구체성의 결여는 지시의 불확정성, 즉 넓은 선택 대안의 여지로 이어진다.

하지만 추상적 법원리는 그 내용의 비실체성으로 인하여 역설적으로 현실적 유용성을 가진다고 할 수 있다. 추상적이고 불명료한 법원리를 판단 기준으로 삼는 경우, 어떠한 결정을 내릴 것인지에 관하여 선택의 폭이 넓어진다. 더욱 정확하게 말하자면 법원리를 기준으로 삼고 있기에

---

446) 최대권, 법적 결정과 사회과학, p.56

447) 김도현, 사회학적 법개념에 관한 연구 : 구조 차원과 행위 차원의 법 이중성, 서울대학교 박사학위논문, pp.10-11

448) 요컨대 법원리가 법규칙과 차별화된다는 점에서는 비실증주의 법원리론과 같은 입장을 취하고 있으나, 것처럼 구분 가능한 ‘법원리’의 실체가 무엇인지에 관해서는 전혀 다른 입장을 견지한다.

일정한 ‘선택’이 가능하고 그 법원리의 내용이 추상적이면 추상적일수록 선택의 폭은 더욱 넓어진다. 법원의 판결이 기존의 내용에서 변화하여야 할 때, 그러한 변화가 가능한 동적 활력을 제공하는 것이 법원리라고 볼 수 있다. 즉, 법원리의 고정된 실질이 부족함에도 불구하고 오히려 그로 인하여 법원리가 수행하는 현실적 기능은 뛰어나다.

사안에 적합한 결정을 내리기 위하여 법원은 법원리의 구체적 내용을 충진(充填)함에 있어서 사회적인 가치와 국민의 법감정 등 법체계 외부의 자원을 논거로서 활용하기 때문에, 이는 법원이 어떻게 답을 ‘발견’하는가에 관한 것이 아니라, 어떻게 답을 ‘창안(創案)’하는가에 관한 문제가 된다. 결국 이는 법원리를 활용한 법형성 판결은 사법재량이 행사된 법정책적 판결의 성격을 가지고 있음을 의미한다.

## 제 2 절 법원리를 활용한 논증

### 제1항 라즈의 법원리 기능 분류

#### 1. 라즈의 법원리 기능 분류

상기 검토한 법원리와 법체계에 관한 내용들을 구체적으로 확인하기 위하여, 우리나라 법원이 어떻게 법원리를 활용하였는지 판례를 살펴볼 필요가 있다. 법원의 논변 구성을 분석함으로써 법원리가 실제 법실무에서 어떻게 활용되는지를 확인할 수 있을 것이다.

알렉시나 드워킨과 같은 비실증주의와는 달리, 법실증주의를 대표하는 라즈는 법원리가 비실증주의자들의 주장처럼 법규칙과 질적으로 엄격하게 차별화되는 것으로 여기지는 않았으나, 법원리 ‘기능’에 중점을 두고 법원리의 역할(the role of principles in the law)을 다음과 같이 유형화하고 있다.

〈 Raz의 법원리 역할 분류<sup>449)</sup> 〉

- ① 법해석의 근거로서의 법원리  
(principles as grounds for interpreting laws)
- ② 법변경의 근거로서의 법원리  
(principles as grounds for changing laws)
- ③ 법에 대한 특정한 예외의 근거로서의 법원리  
(principles as grounds for particular exceptions to laws)
- ④ 새로운 규칙을 창설하는 근거로서의 법원리  
(principles as grounds for making new rules)
- ⑤ 특정한 사안에서 행동의 유일한 근거로서의 법원리  
(principles as the sole grounds for action in particular cases)

---

449) Raz, Legal Principles and the Limits of Law, The Yale Law Journal, Vol. 81, pp.839-842

판례 검토에 있어서 법원리의 다양한 역할과 기능을 다음과 같이 분류한 라즈(Raz)의 구분 틀을 활용하여 우리나라 개별 판례들을 보다 체계적으로 확인하고자 한다. 라즈가 위와 같이 정리한 법원리의 기능이 우리나라 판례에서 확인되는 구체적인 사례를 통해, 법원리의 의의와 역할에 관한 보다 정확한 이해가 가능할 것이다.

다만, 라즈의 법원리 분류가 모든 경우에서 상호배타적(mutually exclusive)이라고 보기는 어려우므로, 특정 판결에서 활용되는 법원리의 역할은 라즈가 말하는 다른 역할과 융화(融化)하는 경우도 있다. 예컨대 법해석의 근거로서 법원리가 사용되면서 새로운 규칙을 만드는 기능을 함께 하는 경우도 존재한다.

그리고 국내 대법원 판결을 검토함에 있어서, 법형성 판결을 통한 법원리의 기능을 확인할 수 있는 경우 - ②법변경의 근거, ③특정한 예외, ④새로운 규칙의 창설 - 에 있어서의 법원리 역할에 보다 초점을 맞추어 검토를 진행한다. 또한 법형성 판결에 있어서 법원리가 수행하는 기능을 검토함에 있어서 주로 민사 판례를 중심으로 검토하였다. 민사 분야는 ‘오래된 법률, 추상적 법률, 입법자의 의도가 명확하지 않은 법률’의 성격이 두드러지며, 그로 인해서 대법원이 “다른 법 분야에 비해 민법 분야에서는 문리해석에 대해 비교적 느슨한 입장을 취하는 것”으로 분석되기 때문이다<sup>450)</sup>.

450) 권영준, “민법학, 개인과 공동체, 그리고 법원”, 2015, pp.1448-1449

“법률해석은 언어를 둘러싼 권력, 즉 입법권과 사법권 간의 역할분담과 관련이 있다. 대체로 새로운 법률, 상세한 법률, 입법자의 의도가 명확한 법률, 재판례가 축적되어 있지 않은 법률일수록 법률해석에서 입법권력이 차지하는 비중은 커지게 된다. 반대로 오래된 법률, 추상적 법률, 입법자의 의도가 명확하지 않은 법률, 재판례가 축적되어 있는 법률일수록 법률해석에서 사법권력이 차지하는 비중은 커지게 된다. 이러한 권력 간 역할분담은 법률문언이라는 형식과 이를 둘러싸고 있는 실질 사이의 역할분담과도 연결된다. 일반화하기는 어렵지만, 민법의 해석은 후자에 좀 더 가깝다. 따라서 민법을 주로 다루는 법률가나 법학자는 판례나 학설을 통하여 정립된 법리 체계에 의거하여 해석 작업을 수행하고, 위에서 본 바와 같은 형식과 실질, 문리해석과 비문리해석, 정당한 법률해석과 사실상 이법 사이에서 치열하게 고민하지는 않는 경향이 있다. 그래서인지 우리나라 대법원은 다른 법 분야에 비해 민법 분야에서는 문리해석에 대해 비교적 느슨한 입장을 취하는 것으로 보인다.”

## 제2항 법변경의 근거로서의 법원리

### 1. 법문언의 창조적 풀이

법원의 판결을 통해서 법문언의 의미가 실질적으로 변경되는 경우가 있다. 문언의 의미를 변경함으로써 실질적인 입법을 한 것이다. 그러나 법률구속에서 자유로울 수 없는 법원은 그 경우 ‘법원리’가 지향하는 바를 풀이함으로써 동일한 법조문의 의미 혹은 그 효력발동 요건을 다르게 해석한다.

이처럼 법원의 ‘풀이’를 통한 법변경은, 사회의 변천이나 일반적인 관행이 종종 이유가 되고, 법의 도입 취지와 수범자들의 실제적 행위 등의 변수들이 검토된다. 유명한 어음법, 수표법 판결은 법원이 실질을 위하여 형식적 문언을 변경한 대표적 경우이다.

### 2. 어음법, 수표법 판결

법원리를 활용하여 법변경에 해당하는 결정을 한 대표적인 경우는 발행지가 기재되지 않는 어음 및 수표의 효력에 관한 대법원 판결이다. 대법원은 95다36466 판결과 99다23383 판결에서 구 어음법(제1조, 제2조)과 구 수표법(제1조와 제2호)이 발행지의 기재를 요구함에도 불구하고 거래관행 및 수범자들의 합리적인 기대 등을 이유로 해당 법규정을 무효화시켰다.

‘사회변화’를 이유로 법형성 판결을 내리면서, 법원은 두 차례의 작업을 진행한다. 일단 사회의 관행 등을 들어 특정한 관행(발행지의 기재가 없는 어음과 수표를 통용하는 행위)을 관습법으로 인정한 다음, 해당 관습법으로 성문법을 깨는 판결을 내린다. 어음 판결과 수표 판결에서 우리나라 법원은 관행 내지 관습을 이유로 들어 발행지의 기재가 없는 어음 및 수표의 효력을 인정하였다.

대법원 95다36466 판결은 규정의 ‘취지’와 분쟁이 된 사안의 전체적 ‘맥락’ 등을 이유로 발행지의 기재가 없는 국내 어음이 효력을 가진다고 인정하였다<sup>451)</sup>. “관행에 이른 정도”임을 이유로 성문법의 규정에도 불구하고 국내어음의 경우에는 발행지의 기재가 없어도 무효가 아니라고 판결하였다. 보충의견 역시 어음법의 입법 ‘목적’을 고려할 때, 법의 ‘본질’을 변형시키지 않는 한 시대적 변화를 반영한 해석이 온당하다고 보았다<sup>452)</sup>.

일반적으로 모든 법은 법규정의 본질을 바꾸는 정도의 것이 아닌 한도에서 이를 합리적으로 해석함으로써 뒤쳐진 법률을 앞서가는 사회현상에 적응시키는 일방 입법기관에 대하여 법률의 개정 등을 촉구하는 것은 법원의 임무에 속하는 일이라 할 것이고, 그 뒤쳐진 법규정의 재래적 해석·적용이 부당한 결과를 초래한다는 것을 알면서도 법률 개정이라는 입법기관의 조치가 있을 때까지는 이를 그대로 따를 수밖에 없다고 체념해 버리는 것은 온당치 않은 태도이다. 어음법이 강행법·기술법적 성질을 가지고 있음에 비추어 볼 때 어음법에서 정한 어음요건은 이를 엄격하게 해석함이 원칙일 것이나, 이러한 엄격해석의 요청은 이를 자의로 해석함으로써 어음거래 당사자에게 불이익하게 법률을 적용하는 것을 막자는 데에 있는 것이지 입법취지를 해하지 않는 범위 내에서 합리적으로 해석하는 것까지도 절대적으로 금지하려는 것은 아니다.

---

451) 대법원 1998.4.23. 선고, 95다36466 판결

[다수의견] 어음에 있어서 발행지의 기재는 발행지와 지급지가 국토를 달리하거나 세력(歲曆)을 달리하는 어음 기타 국제어음에 있어서는 어음행위의 중요한 해석 기준이 되는 것이지만 국내에서 발행되고 지급되는 이른바 국내어음에 있어서는 별다른 의미를 가지지 못하고, 또한 일반의 어음거래에 있어서 발행지가 기재되지 아니한 국내어음도 어음요건을 갖춘 완전한 어음과 마찬가지로 당사자 간에 발행·양도 등의 유통이 널리 이루어지고 있으며, 어음교환소와 은행 등을 통한 결제 과정에서도 발행지의 기재가 없다는 이유로 지급 거절됨이 없이 발행지가 기재된 어음과 마찬가지로 취급되고 있음은 관행에 이른 정도인 점에 비추어 볼 때, 발행지의 기재가 없는 어음의 유통에 참여한 당사자들은 완전한 어음에 의한 것과 같은 유효한 어음행위를 하려고 하였던 것으로 봄이 상당하므로, 어음면의 기재 자체로 보아 국내어음으로 인정되는 경우에 있어서는 그 어음면상 발행지의 기재가 없는 경우라고 할지라도 이를 무효의 어음으로 볼 수는 없다.

452) 95다36466 판결의 보충의견

이러한 결정에 대하여 반대 의견은 사법부의 소임과 권한을 뛰어넘는 것이라고 비판하면서 합헌적 해석의 요청에 따라 특별한 예외적 사유가 없는 한 성문법의 규정을 문언 그대로 해석해야 한다고 주장하였다<sup>453)</sup>.

반대의견의 관점에서 강행 규정인 어음법의 발행지 규정의 효력을 부정하는 것은 합리적인 법 해석의 범주를 벗어난 것이었다. 어음법의 발행지 규정의 효력을 부정하는 것을 두고, 반대의견과 보충의견을 ‘법률해석권’의 범위를 일탈하는 것이냐 여부에 관하여 상반된 입장을 보인다. 반대의견은 다수의견 및 보충의견이 법률해석권의 범위를 벗어난 법형성을 하고 있음을 비판하고 있으며, 보충의견은 (법원의 법형성 권한에 관하여 비록 명시적이고 직접적으로 답하고 있지는 않으나) 문제의 사안에서 어음법 규정의 효력을 부정하더라도 이는 법률해석권의 범위 안에 있는 것이라고 밝힘으로써 성문법 규정을 위배하는 법형성 역시 ‘사법적 논증’의 일부로 보아도 됨을 밝힌다.

---

453) [반대의견] 재판할 사항에 대하여 적용할 법규가 있고 그 의미 내용 역시 명확하여 달리 해석할 여지가 없는 경우에는 다른 것을 다르게 취급하여야 한다는 정의의 요청(이른바 목적론적 축소해석의 경우) 또는 합헌적인 해석의 요청(이른바 헌법합치적 해석의 경우)에 의하여, 그 법규의 적용 범위를 예외적으로 제한하여 해석할 필요가 있는 등의 특별한 사정이 없는 한, 설사 명문의 규정이 거래의 관행과 조화되지 아니하는 점이 있다고 하더라도, 법원으로서 모른지기 국회의 입법 작용에 의한 개정을 기다려야 할 것이지 명문의 효력규정의 적용 범위를 무리하게 벗어나거나 제한하는 해석을 하여서는 아니 될 것인바, 어음법은 발행지의 기재가 없는 어음에 관하여 그 효력이 없다고 명문으로 규정하고 있는 한편, 이 명문의 규정에 관하여는 정의의 요청 또는 합헌적인 해석의 요청에 의하여 그 적용 범위를 예외적으로나마 제한하여 해석할 만한 아무런 특별한 사정이 있다고 할 수 없으므로, 다수의견과 같이 위 어음법의 명문규정이 이른바 ‘국내어음’에는 적용되지 아니한다고 하는 것은 법원이 어음법에도 없는 단서 조항 즉 ‘발행지에 관하여 국내어음의 경우에는 그러하지 아니하다.’라는 규정을 신설하는 셈이고, 이는 명문의 규정에 반하는 법형성 내지 법률수정을 도모하는 것으로서 법원의 법률해석권의 범위를 명백하게 일탈한 것이라는 비난을 면하기 어렵다.



### 제3항 특정한 예외로서의 법원리

#### 1. 소멸시효 완성의 무효

대법원은 민법의 소멸시효 규정이 신의성실 및 권리남용금지와 같은 상위 ‘원칙’의 위계 하에서 지배를 받는 것이라고 하며<sup>454)</sup>, 특별한 사정이 있는 경우에는 소멸시효의 항변이 그러한 상위 원칙의 내용에 저촉되어 인정될 수 없다고 판단하고 있다.

즉, 대법원 2006다17539 판결 등에서 관찰되는 법원의 논리는 민법 제766<sup>455)</sup>조의 ‘손해 및 가해자를 안 날’의 의미를 풀이함에 있어서 이를 협의의 법해석에 따라서 판단하지 않는다. 만약 민법 제766조제1항의 ‘그 손해 및 가해자를 안 날로부터 3년’이라는 규정을 법 문언 그대로 충실하게 해석하면, 대부분의 배트남전 참전 피해자들의 소멸시효는 이미 완성되어 손해배상 청구를 할 수 없게 된다. 참전 피해자들이 겪고 있는 고통 등을 감안할 때 청구권 자체를 행사할 수 없게 하는 것은, - 청구권 행사의 결과와는 별개로<sup>456)</sup> - 지나치게 가혹한 일이 될 것이다.

454) 대법원 2005. 5. 13. 선고, 2004다71881 판결의 판시사항 [1]번

: 채무자의 소멸시효에 기한 항변권의 행사도 우리 민법의 대원칙인 신의성실의 원칙과 권리남용금지의 원칙의 지배를 받는 것이어서, 채무자가 시효완성 전에 채권자의 권리행사나 시효중단을 불가능 또는 현저히 곤란하게 하였거나, 그러한 조치가 불필요하다고 믿게 하는 행동을 하였거나, 객관적으로 채권자가 권리를 행사할 수 없는 장애사유가 있었거나, 또는 일단 시효완성 후에 채무자가 시효를 원용하지 아니할 것 같은 태도를 보여 권리자로 하여금 그와 같이 신뢰하게 하였거나, 채권자보호의 필요성이 크고, 같은 조건의 다른 채권자가 채무의 변제를 수령하는 등의 사정이 있어 채무이행의 거절을 인정함이 현저히 부당하거나 불공평하게 되는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 채무자가 소멸시효의 완성을 주장하는 것이 신의성실의 원칙에 반하여 권리남용으로서 허용될 수 없다.

455) 民法 제766조(손해배상청구권의 소멸시효) ①불법행위로 인한 손해배상의 청구권은 피해자나 그 법정대리인이 그 손해 및 가해자를 안 날로부터 3년간 이를 행사하지 아니하면 시효로 인하여 소멸한다.

②불법행위를 한 날로부터 10년을 경과한 때에도 전항과 같다.

456) 대법원은 배트남전 피해자들이 손해배상 청구를 주장하는 신체피해가 ‘비특이성(非特異性) 질환’이며, 비특이성 질환의 손해배상 청구가 인정되기 위해서는 해당 질환과 원인 간의 역학적 인과관계는 물론 개별적 인과관계의 성립 역시 입증할 수 있어야 배상 청구권이 인정될 수 있음을 이유로 대부분의 청구를 - 특이

다만, 원칙을 이유로 구체적인 명문 법규의 효력을 배제하는 것은 또 다른 원칙인 법적 안정성을 해칠 위험이 있으므로 특수하고 예외적인 경우에 한정해야 한다는 신중한 태도를 보인다.<sup>457)</sup>

사회 정책적인 고려에 의하여 법원리 논증을 활용한 판결 중 신의칙에 의한 성문법이 무력화되는 경우를 보여주는 판결이 다수 존재한다. 이 중 가장 대표적인 판결로서, 보험법이 규정한 청구권 소멸시효 규정의 효력을 무력화한 대법원 2009다44327 판결을 들 수 있다. 법원은 보험회사가 주장하는 소멸시효 완성의 항변을 받아들이는 것은 신의성실의 원칙에 반하여 허용되지 아니한다고 판단하여 비록 소멸시효가 지났지만 보험계약에 따른 보험금 청구를 인정하였다. 법원은 신의칙 논증을 통하여 성문법의 명백한 소멸시효 규정을 부정하는 논증을 하면서, 신의칙의 ‘기능’을 다음과 같이 말한다.

“신의성실의 원칙이 특히 엄격한 법적용의 가혹함을 완화함에 있어서 중요한 역할을 수행한다는 것은 이를 부인할 수 없다. 그것은 당사자로 하여금 어떠한 법규칙에서 법률요건 등으로 수용되지 아니한 사정을 법관 등 법적용자에게 제시하면서 그러한 사정 아래서 법규칙을 그대로 적용하게 되면 도저히 받아들일 수 없는 가혹한 결과가 됨을 법적용자의 법감정 내지 윤리감각에 호소하여 법규칙을 원래의 모습대로 적용하는 것을 제한 또는 배제하게 하는 하나의 법적 장치로서 기능하는 것이다.<sup>458)</sup>”

대법원 2012다89399 전원합의체 판결에서 반대의견이 다수의견 및 보

---

성 질환으로 인정한 여드름을 제외하고 - 기각했다.

457) 대법원 2005. 5. 13. 선고, 2004다71881 판결의 판시사항 [2]번

: 국가에게 국민을 보호할 의무가 있다는 사유만으로 국가가 소멸시효의 완성을 주장하는 것 자체가 신의성실의 원칙에 반하여 권리남용에 해당한다고 할 수는 없으므로, 국가의 소멸시효 완성 주장이 신의칙에 반하고 권리남용에 해당한다고 하려면 일반채무자의 소멸시효 완성 주장에서와 같은 특별한 사정이 인정되어야 할 것이고, 또한 그와 같은 일반적 원칙을 적용하여 법이 두고 있는 구체적인 제도의 운용을 배제하는 것은 법해석에 있어 또 하나의 대원칙인 법적 안정성을 해할 위험이 있으므로 그 적용에는 신중을 기하여야 한다.

458) 대법원 2010.5.27. 선고, 2009다44327 판결

충의견과 상반된 판단을 한 것은, 신의칙의 위상에 대해서 달리 생각한 것만이 그 이유는 아니다. 신의칙이라는 매개체가 실어 나르는 ‘실체적 정의’에 관한 이해가 다른 것도 판단을 달리 하는 중요한 이유가 되었다<sup>459)</sup>.

반대의견은 ‘정의와 형평의 관념<sup>460)</sup>’에 비추어볼 때, ①사용자의 경제적 어려움을 이유로 근로자의 당연한 권리를 희생시킬 수 없고, ②근로에 합당한 대가를 지급받는 것은 사용자의 의무이자 근로자의 권리라고 말한다. 즉, 이러한 논변에서 확인할 수 있는 점은, 신의칙과 같은 법원리가 실체적 정의로서의 내용을 함유하고 있는 것이 아니라, 매개체적 역할을 한다는 것이다.

2012다89399 판결의 반대의견 역시도 법적 안정성을 이유로 들면서 신의칙을 결정의 논거로 활용하는 판결의 위험성을 경계한다<sup>461)</sup>. 신의칙을

---

459) [대법원 2012다89399 판결 반대의견]

: “사용자의 경제적 어려움도 근로자의 권리를 희생시킬 수 있는 근거가 될 수 없다. 사용자의 경제적 어려움은 근로조건의 설정과정에서 근로자의 이해와 양보를 구할 수 있는 근거가 될 수 있을지언정 이미 정해진 근로조건에 따라 사용자가 이행하여야 할 법적 의무를 면하는 이유가 될 수는 없다. 사용자는 자신이 제공받는 근로에 합당한 대가를 지급하는 것이지 무슨 ‘손해’를 입는 것이 아니다.”

460) 이처럼 어느 모로 보나 근로기준법상 강행규정을 위반한 노사합의가 무효라고 주장하는 것이 신의칙에 위배되어 허용될 수 없다는 다수의견은 부당하다. 헌법에 기초하여 국민의 대표자가 법률을 통하여 강행법규로써 보장한 권리를 근로자가 제대로 알지 못하다가 법에 따라 되찾겠다고 주장하는 것이, 어떻게 ‘정의와 형평 관념’에 비추어 신의에 현저히 반하는 것’이 될 수 있고, 또 그것이 왜 ‘도저히 용인될 수 없음이 분명한 것’인지 이해할 수 없다.

신의칙에 위배된다는 이유로 권리행사를 부정하기 위해서는 상대방에게 신의를 공여하였거나 객관적으로 보아 상대방이 신의를 가지는 것이 정당하여야 하고, 이와 같은 상대방의 신의에 반하여 권리를 행사하는 것이 정의관념에 비추어 도저히 참을 수 없는 정도의 상태에 이르러야 한다. 여기서 신의칙의 적용을 통하여 보호되어야 할 상대방의 신뢰는 정당한 신뢰이어야 하므로, 신뢰할 만하지 아니한 것을 과실로 신뢰한 경우나 신뢰할 만하지 아니하다는 것을 알고 있었던 경우에는 그 신뢰의 보호를 주장할 수 없다. 또한 신뢰보호는 상대방이 어떠한 사태를 신뢰하고 있고 또 그러한 신뢰를 가질 만하다고 하여서 곧바로 인정되는 것이 아니고, 그 신뢰의 보호로 말미암아 불이익을 입는 자에게 그 불이익을 받을 만한 귀책근거가 있어야 한다.

461) [2012다89399 판결의 대법관 이인복, 대법관 이상훈, 대법관 김신의 반대의견]

… 특히 실정법의 개별 조항에 의하여 명백히 인정되는 권리·의무의 내용을 신의칙을 이유로 변경하는 것은 법체계에 심각한 혼란을 초래하여 법의 권위와 법적 안정성에 큰 위협이 될 수 있다. 신의칙을 적용하여 그와 같은 실정법상의 권리

활용하여 결정을 내리거나 그에 반대하는 법관 모두 공통적으로 신의칙 판결의 예외성을 강조하고 있다는 사실은, 법적 논증에서 법원리에 대한 검토나 법체계 외적 자원에 대한 고려가 후순위라는 사실을 잘 보여준다.

## 2. 보험금 신청권의 소멸시효

법원리를 논거로 활용하여 범명제 적용의 예외를 만든 대표적 사례는 상법 규정의 효력을 무력화시킨 보험금 판결이다. 해당 판결에서 법원은 신의칙을 판단에 개입시켜서 성문법의 법적 효과를 차단하는 내용을 결정하였다.

상법 제622조<sup>462)</sup>의 보험금 청구권 소멸시효 규정의 적용 여부를 놓고, “법규칙을 그대로 적용하게 되면 도저히 받아들일 수 없는 가혹한 결과”가 되므로, “법적용자의 법감정 내지 윤리감각에 호소하여 법규칙을 원래의 모습대로 적용하는 것을 제한 또는 배제”할 필요가 있음을 이유로 보험금 청구권 소멸시효 규정을 무력화한 법원은<sup>463)</sup>, 민법 제766조의 소멸시효 규정이 쟁점이 된 베트남전 고엽제 피해 사건에서도 법규칙을 그대로 적용하게 되면 도저히 받아들일 수 없는 가혹한 결과가 될 것으로 판단하여, 민법의 제766조의 규정을 ‘원래의 모습대로 적용하는 것을 제한’한다. 그리고 이러한 ‘제한’을 위해서 법 문언에서 직접적으로 지시하지 않는 보충적인 법리를 개발·생성한다.

---

를 제한하는 것은, 개별적인 사안의 특수성 때문에 법률을 그대로 적용하면 도저히 참을 수 없는 부당한 결과가 야기되는 경우에 최후 수단으로, 그것도 법의 정신이나 입법자의 결단과 모순되지 않는 범위 안에서만 고려해 볼 수 있는 방안에 불과하다.

462) 엄밀하게는 舊상법 제622조이다. 보험금 청구권 소멸시효 판결 이후, 보험금 청구권 소멸시효 기간이 2년에서 3년으로 늘어나는 법 개정(2014년 3월)이 있었다. [舊상법 제662조]

제662조(소멸시효) 보험금액의 청구권과 보험료 또는 적립금의 반환청구권은 2년간, 보험료의 청구권은 1년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다.

463) 대법원 2009다44327 판결

### 3. 강행법규의 효력과 신의칙

#### 가. 통상임금 판결

신의칙에 따라 근로기준법 규정의 효력을 상실시킨 대법원 2012다89399 판결을 통해서 보다 명확하게 확인할 수 있다. 대법원 2013.12.18. 선고, 2012다89399 전원합의체 판결은 신의칙과 성문법이 대립하는 사안에서 우리나라 대법원이 신의칙을 성문법보다 우선한다는 결정을 내린 경우이다. 대법원은 통상임금에 관한 판단을 하면서, 강행법규인 근로기준법의 명시적 규정<sup>464</sup>)에도 불구하고 신의칙을 이유로 성문법의 내용과 다른 판결을 내렸다.

다만, 강행법규의 효력을 정지시키는 신의칙 활용을 두고 다수의견과 반대의견은 신의칙의 법체계적 '지위' 내지는 '위치'에 관하여 서로 다른 의견을 보인다. 다수의견 및 보충의견은 신의칙이 강행규정보다 우선하는 예외라고 보았고, 반대의견은 강행규정이 신의칙에 우선한다고 보았다.

강행법규의 대표적 법률인 근로기준법의 효력이 신의칙을 이유로 제한될 수 있음을 보여주는 대법원 2012다89399 전원합의체 판결은, 기업의 존립이라는 사회정책적 논거로서 법적 판단을 내린 법원리를 활용한 정책적 결정이다. 다수의견 및 보충의견에서 법질서 전체를 관통하는 일반 원칙으로서의 위상이 확인된 신의칙은, 강행법규의 효력을 정지시키

---

464) 근로기준법 제2조(정의)

5. "임금"이란 사용자가 근로의 대가로 근로자에게 임금, 봉급, 그 밖에 어떠한 명칭으로든지 지급하는 일체의 금품을 말한다.

근로기준법 제15조(이 법을 위반한 근로계약) ① 이 법에서 정하는 기준에 미치지 못하는 근로조건을 정한 근로계약은 그 부분에 한하여 무효로 한다.

② 제1항에 따라 무효로 된 부분은 이 법에서 정한 기준에 따른다.

근로기준법 제56조 (연장·야간 및 휴일 근로) 사용자는 연장근로(제53조·제59조 및 제69조 단서에 따라 연장된 시간의 근로)와 야간근로(오후 10시부터 오전 6시까지 사이의 근로) 또는 휴일근로에 대하여는 통상임금의 100분의 50 이상을 가산하여 지급하여야 한다.

고 법 내부의 논거가 아닌 외부의 사회·정책적 논거를 판단의 이유로 삼기 위해서 활용된다. 이처럼 법원리의 '기능'은 법적 논거가 아닌 정책적 논거를 판단의 이유로 삼을 수 있도록 하는 법체계 외부 자원의 개입 통로가 된다. 법원리를 논증 과정에 활용하여야 법체계 내부 자원의 동원이 중지되고, 법체계 외부의 자원을 논증 과정에 유입할 수 있는 통로가 마련한다.

2012다89399 판결에서 대법원 다수의견은 신의칙을 성문법보다 우선하는 정당화 논거로서, "강행규정성에도 불구하고 신의칙을 우선하여 적용하는 것을 수긍할 만한 특별한 사정이 있는 예외적인 경우"가 있음을 이유로 든다. 다수의견은 기업의 재정이 건전하게 유지되어 경영의 지속 가능성이 확보되는 것이 중요하다고 판단<sup>465)</sup>한다. 근로기준법에 따라서 통상임금을 산정·지급하게 되면 그로 인한 기업의 재정적 타격이 크고 기업의 존립은 피고용자인 근로자들에게도 중요한 것이라고 판단하여, "기업의 지속적인 존립과 성장은 노사 양측이 다 같이 추구하여야 할 공동의 목표"라는 이유로 근로기준법의 규정을 무력화 시킨다. 다수의견은 이러한 결론에 다다른 논증에서 강행법규인 근로기준법과 대치되는 노사합의를 비교하여 노사합의<sup>466)</sup>가 근로기준법보다 더 우선한다는 논리를

---

465) 대법원 2013.12.18. 선고, 2012다89399 전원합의체 판결 [다수의견]

건전한 재정은 기업에 있어 생명줄과도 같다. 재정의 악화는 경영난으로 이어지고 그것이 심화되면 기업의 존립이 위태로워진다. 특히 임금은 기업의 재정에게 가장 큰 영향을 미치는 요소 중의 하나이다. 노사는 임금협상을 하면서 근로자에게 근로의 대가로 얼마만큼의 금품을 어느 시기에 어떠한 형태와 조건으로 지급할 것인지를 정하게 된다. 이러한 임금협상은 기업의 경영실적, 근로자의 노동생산성, 물가상승률, 동종 업계의 일반적인 임금인상률 등 여러 요소를 고려하여 이루어지지만, 기업의 지속적인 존립과 성장은 노사 양측이 다 같이 추구하여야 할 공동의 목표이므로 기업 재정에 심각한 타격을 주어 경영상 어려움을 초래하거나 기업의 존립기반에 영향을 주면서까지 임금을 인상할 수는 없는 것이다. 따라서 임금의 인상은 기업이 생산·판매 활동 등을 함으로써 얻을 수 있는 수익에 기초하여 노동비용 부담능력 안에서 이루어져야 한다는 내적 한계가 있고, 이는 노사 상호 간에 양해된 사항이라 할 수 있다.

466) 이는 반대의견에서 많은 비판을 제기하였는데, 노사합의가 사업장의 전체 직원이 모두 참여한 것이 아니었기 때문이며 특히 근로기준법에 따른 통상임금의 지급을 원하는 지원은 해당 노사합의에 동참하지 않았다.

전개한다. 강행규정인 근로기준법을 무력화시키고 노사합의가 유효하다고 판단하기 위해서 대법원은 해당 노사합의 준수가 '신의칙'에 따르는 것이라는 논리를 구성한다. 노사합의가 단순한 '합의'에 불과한 것이라면 강행법의 규정을 뛰어넘을 수 없을 것이다. 하지만 다수의견은 노사합의 준수에서 '약속은 지켜져야 한다(pacta sunt servanda)'라는 신의칙을 찾고, 해당 사안을 "근로기준법의 강행규정성에도 불구하고 신의칙을 우선하여 적용하는 것을 수긍할 만한 특별한 사정이 있는 예외적인 경우"라고 보았다<sup>467)</sup>.

이에 대하여 반대의견은, 계약자유 원칙은 강행규정을 위배할 수 없다고 비판하면서<sup>468)</sup>, "신의칙을 적용하여 실정법상의 권리를 제한하는 것은, 개별적인 사안의 특수성 때문에 법률을 그대로 적용하면 도저히 참을 수 없는 부당한 결과가 야기되는 경우에 최후 수단"으로 한정되어야 한다고 말한다. 반대의견은 신의칙과 강행규정의 관계에 있어서, "신의칙은 강행규정에 앞설 수 없다"라며 다수의견과 정반대의 결론<sup>469)</sup>을

467) 대법원 2013.12.18. 선고, 2012다89399 전원합의체 판결 [다수의견]

통상임금은 근로조건의 기준을 마련하기 위하여 법이 정한 도구개념이므로, 사용자와 근로자가 통상임금의 의미나 범위 등에 관하여 단체협약 등에 의해 따로 합의할 수 있는 성질의 것이 아니다. 따라서 성질상 근로기준법상의 통상임금에 속하는 임금을 통상임금에서 제외하기로 노사 간에 합의하였다 하더라도 그 합의는 효력이 없다. (...) 단체협약 등 노사합의의 내용이 근로기준법의 강행규정을 위반하여 무효인 경우에, 무효를 주장하는 것이 신의칙에 위배되는 권리의 행사라는 이유로 이를 배척한다면 강행규정으로 정한 입법 취지를 몰각시키는 결과가 될 것이므로, 그러한 주장이 신의칙에 위배된다고 볼 수 없음이 원칙이다. 그러나 노사합의의 내용이 근로기준법의 강행규정을 위반한다고 하여 노사합의의 무효 주장에 대하여 예외 없이 신의칙의 적용이 배제되는 것은 아니다. 신의칙을 적용하기 위한 일반적인 요건을 갖춘 물론 근로기준법의 강행규정성에도 불구하고 신의칙을 우선하여 적용하는 것을 수긍할 만한 특별한 사정이 있는 예외적인 경우에 한하여 노사합의의 무효를 주장하는 것은 신의칙에 위배되어 허용될 수 없다.

468) [대법관 이인복, 대법관 이상훈, 대법관 김신의 반대의견]

"공익을 추구하는 강행규정은 그 입법 목적을 달성하기 위하여 그에 위배된 행위의 효력을 부정함으로써 계약자유 원칙을 제한한다. 그리고 강행규정은 해당 규정에 대한 행위자의 인식 여부를 불문하고 적용된다."

469) [대법관 이인복, 대법관 이상훈, 대법관 김신의 반대의견]

신의칙을 적용하여 실정법상의 권리를 제한하는 것은, 개별적인 사안의 특수성 때문에 법률을 그대로 적용하면 도저히 참을 수 없는 부당한 결과가 야기되는 경우에 최후 수단으로, 그것도 법의 정신이나 입법자의 결단과 모순되지 않는 범위

내리는데, 이러한 반대의견에서 주의 깊게 관찰할 대목은, "법질서 내에서 작동하여야 할 신의칙이 법질서에 역행"하여서는 안 된다는 것이다<sup>470)</sup>. 보험금 소멸시효에 관한 대법원 2009다44327 판결이 신의칙의 존재 위치가 '규칙의 저편' 너머에 있다고 보아 '보편적 예외'로 존재하는 신의칙의 지위를 인정한 것과는 달리, 통상임금 판결의 반대의견은 신의칙의 그러한 '보편적 예외성'을 인정하지 않는다. 반대의견의 관점에 따르면 신의칙은 보조적·차후적 위상을 - 최소한 강행법규와의 관계에 있어서는 - 갖는다. 따라서 법규칙 저편에 외재(外在)하고 있다가 필요한 경우 성문법을 마비 또는 무력화시키고 개입할 수 없다.

이러한 점에 관하여 2012다89399 판결의 다수의견은 정확한 논리를 제공하지 않고 있으나 해당 판결의 보충의견에서 다수의견 및 보충의견이 생각하는 신의칙의 위상을 확인할 수 있다. 보충의견은 "신의칙은 실정법이나 계약 등을 형식적이고 엄격하게 적용함으로써 야기될 수 있는 부당한 결과를 막고 구체적 타당성을 실현하여야 할 필요가 있는 경우 법질서 전체를 관통하는 일반 원칙으로 작용"한다고 하면서, 신의칙에 따라서 근로기준법의 규정을 제한하는 것이 타당하다고 판단하였다.

물론, 보충의견 역시 법질서의 안정을 추구하기 위해서는 신의칙의 적용이 '예외'적인 경우로 엄격히 제한되어야 한다고 하였으나 분쟁 사안이 그러한 예외에 해당하기 때문에 신의칙을 적용하기에 무리가 없다고 보았다<sup>471)</sup>. 반대의견은 신의칙을 '법질서에 역행할 수 없는' 것으로 보는

---

안에서만 고려해 볼 수 있는 방안에 불과하다. 신의칙은 강행규정에 앞설 수 없다. 신의칙의 적용을 통하여 임금청구권과 같은 법률상 강행규정으로 보장된 근로자의 기본적 권리를 제약하려 시도하는 것은 헌법적 가치나 근로기준법의 강행 규정성에 정면으로 반한다.

470) [대법관 이인복, 대법관 이상훈, 대법관 김신의 반대의견]

신의칙을 이용하여 강행규정을 위반한 법률행위의 효력을 유지하는 것은 전체 법질서 내에서 작동하여야 할 신의칙이 법질서에 역행하는 결과를 초래한다. 강행규정에 위배되는 약정의 당사자가 그 약정의 무효를 주장하는 것이 신의칙에 위반되는 권리의 행사라는 이유로 그 주장을 배척한다면, 이는 강행규정에 의하여 배제하려는 결과를 실현시키는 셈이 되어 입법 취지를 완전히 몰각하게 되므로 그러한 주장은 신의칙에 반하는 것이 아니라는 것이 판례의 확립된 견해이다

471) [대법관 김용덕, 대법관 고영한, 대법관 김소영의 보충의견]



것으로 이해한다. 그에 반하여, 보충의견은 신의칙이 ‘법질서 전체를 관통’하는 일반적 원칙이라고 파악한다. 명시적이지는 않으나 다수의견 역시 신의칙을 지위를 ‘법질서 전체를 관통’하는 것으로 이해하고 있기 때문에 노사합의 준수를 이유로 강행규정을 무력화시켰을 것으로 추정된다. 이처럼 다수·보충의견과 반대의견은 신의칙의 위상을 달리 이해하고 있기 때문에 서로 다른 결론을 내린다.

## 나. 신의칙의 선택적 불개입

통상임금 판결에서처럼 신의칙의 ‘위상’을 어떠한 것으로 이해하는지도 중요하지만, 설령 신의칙의 위상에 관해서 같은 관점을 가진다고 하더라도 - 법규칙의 ‘저편 너머’에 존재하고, 법질서를 관통하는 일반 원칙으로 생각한다 하더라도 - 결정의 내용은 달라질 수 있다.

법원리가 표상하는 법의 전체적 질서 내지는 지도적 원리가 무엇인지를 소명해야 한다<sup>472)</sup>.

---

신의칙은 실정법이나 계약 등을 형식적이고 엄격하게 적용함으로써 야기될 수 있는 부당한 결과를 막고 구체적 타당성을 실현하여야 할 필요가 있는 경우 법질서 전체를 관통하는 일반 원칙으로 작용한다. 그리하여 신의칙은 실정법의 규정취지, 법률행위를 한 당사자의 의도 등을 그 의미에 적합하게 구체화하고, 불성실하거나 부당한 권리행사를 제한하며, 실정법 또는 법률행위의 내용을 보정(補正)하는 기능 등을 수행한다.

구체적 타당성을 실현한다는 명목 하에 편의적으로 신의칙을 적용하는 것은 법적 안정성을 해칠 뿐만 아니라 법질서의 혼란을 초래할 수 있고, 특히 실정법의 강행규정성을 인정하면서도 신의칙으로 실정법의 적용을 배제하는 것은 강행규정의 취지를 몰각할 수 있으므로, 신의칙은 제한적인 범위 내에서 예외적으로 적용되어야 한다는 점에 대하여는 이론(異論)이 있을 수 없다.

그러나 다수의견에서 이미 상세히 밝힌 바와 같은 임금과 통상임금 상호 간의 밀접한 관련성, 우리나라의 노사 간 임금협상 관행, 정기상여금을 통상임금에서 배제하기로 하는 노사합의에 이르게 된 경위, 그로 인하여 근로자가 받는 실질적인 불이익의 정도, 위 노사합의의 무효 주장을 받아들일 경우 노사 쌍방에 미치는 영향 등 여러 사정과 함께 당사자들이 상호 전제하거나 기초가 되는 사항에 관하여 착오가 있었을 경우 일정한 요건하에 가정적 의사를 밝혀내어 정당한 이익조정을 하는 것도 신의칙의 영역에 속한다는 점 등을 아울러 고려하면, 근로자 측이 정기상여금을 통상임금에서 제외하는 노사합의의 무효를 주장하여 추가 법정수당을 구하는 것에 대하여는 예외적으로 신의칙이 적용될 수 있다고 본다.

472) Larenz·Canaris에 의하면, 법적 논증이 법의 지도적 원리의 범위 내에서 행해지기 때문에 법을 파괴하지 않는 경우가 ‘초월적 법형성’이기 때문이다.

하지만 보험금 소멸시효 판결이나 통상임금 판결에서 자명하게 관찰되듯, 신의칙 판결 대부분이 성문 법규에 위배되는 결정을 내린다는 사실은 확실함에도 불구하고, 법의 지도적 원리와 법의 전체적 질서가 무엇인지는 불확실하다. 앞서 살핀 바와 같이 ‘사회적 사실’의 층위에서 존재하지 않는 ‘원리’와 ‘법의 전체적 질서’의 객관적 실체가 무엇인지에 관하여 만유공통의 보편적 결론을 내리기는 어렵기 때문이다. 따라서 실제의 분쟁 사안에서 법원이 법해석이나 법률내재적 법형성의 범주를 벗어났음을 확연하게 관찰할 수는 있어도, 그러한 결정이 초월적 법형성인지 법률에 반하는 법형성인지 확실하게 분별하기란 어렵다고 할 것이다.

이를 확인할 수 있는 것은, 2019년 5월 3일 대법원이 선고한, 한진중공업 통상임금<sup>473)</sup> 판결이다. 해당 판결에서 대법원은 신의칙 위반을 이유로 근로자의 지급 청구를 기각한 2012다 89388 전원합의체 판결과 다른 결정을 내렸다.

---

473) 한진중공업 노동자 360명이 회사를 상대로 낸 임금청구 소송 상고심. 대법원은 지난 2016년 6월 사측의 손을 들어준 서울고등법원 2심 판결을 파기하였다.

## 제4항 새로운 규칙을 만드는 법원리

### 1. 성문법과 차별화된 법리의 형성

법형성 판결은 ‘정책적 고려’를 배경으로 하지만, 그러한 정책적 고려를 드러내는 기제는 ‘법원리’를 통해서이다. 법원은 법이 침묵하는 부분, 즉 법의 공백을 스스로 채워 나가면서 새로운 법리를 형성하고 이를 판례법으로 정립하는 모습을 보인다. 법원이 새로운 규범을 생성하는 과정에서 그 생성은 법원리에 기반하여 진행된다.

법원리는 새로운 규범을 만드는 근거가 된다. 법원리 외에는 [사안에 적용할 만한] 관련 법규범이 딱히 없는 경우 법원은 해당 영역에서 법원리를 활용해서 새로운 규범을 만든다<sup>474)</sup>.

환경 분야의 불법행위 보상에 있어서 법원은 「환경정책기본법」이 제정되기 이전에도 민법의 단순한 불법행위 보상 조항<sup>475)</sup>에서 명시적으로 말하고 있지 않는 내용을 판례법으로 형성하였다. 입증책임에 관한 기존 법리를 변경하여 개연성과 간접반증 법리를 도입하여 입증책임을 완화하는 법형성 판결을 내림으로써 특유한 판례법을 정립하였고, 해당 판례법의 법리를 분쟁 사안의 유형(재산피해와 신체피해)에 따라 보다 구체적으로 세분화함으로써 관련 문제를 규율하고 있다.

이처럼 법원리를 활용한 정책적 결정이 단순히 법체계 내부의 법명제의 채택·활용을 저지시키는 소극적인 기능을 하는 것 외에도 실질적인 내용 형성 기능을 하는 것 역시 우리 법원의 판례를 통해 실증적으로 관찰 가능하다.

---

474) “특정한 문제를 해결함에 있어서, 법원리 외에는 딱히 적용할 만한 법이 없는 경우, 법원은 법원리에 기하여 새로운 규칙을 만든다. 이 경우 법원리는 새로운 규칙을 만드는 근거가 된다.(Raz, "Legal Principles and the Limits of Law", p.841)”

475) 제750조(불법행위의 내용) 고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다.

또한 소멸시효 판결의 경우에도, 신의칙을 이유로 소멸시효 규정을 마비시키는 판결도 있지만, 소멸시효 기산점의 조건을 구체적으로 상세하게 부가함으로써 - 소멸시효 완성을 인정하지 않는다는 결론은 같으나 - 내용 형성적인 판결을 내린다. 또한 환경보건 분야에 있어서 법원의 내용 형성적 법원리를 활용한 정책적 결정은 더욱 두드러진다. 손해배상 청구의 입증책임 완화를 위하여 개연성 내지 신개연성설을 실시한 판결 및 그러한 신개연성설을 다시 고도화시켜, 비특이성 질환의 경우 역학적 인과관계의 입증과 개별적 인과관계 입증의 2단계 입증을 요구하는 판례 등을 내용 형성적 판결의 예시로 볼 수 있다.

이처럼 법원리를 활용한 정책적 결정을 내림에 있어서 법원은 현존 법체계 내부의 자원에 만족하지 않고 외부의 자원을 포섭 및 활용하여 이를 다시 내부화한다는 점에서 법원리를 활용한 정책적 결정은 법체계의 변화와 발전을 가져온다. 하지만 법의 안정성 유지라는 측면에서 외적 논증 또는 법원리를 활용한 정책적 결정은 신중한 접근을 요한다. 문제사안의 종국적 결정에서 드러나는 판단이 법원리를 활용한 정책적 결정이라고 하더라도, 법원이 논증을 하는 과정에서 채택·활용하는 순위는 최후의 것이어야 한다.

실정법체계의 내용 구성에 변화가 필요한 경우 법원리를 활용한 정책적 결정을 하여야 하지만, 내적 자원을 활용하여 적합한 결론을 도출할 수 있음에도 불구하고 법원리를 활용한 정책적 결정을 할 수는 없는 것이다. 다시 말해, 법원의 법원리를 활용한 정책적 결정은 필요한 경우 인정되어야 하지만 입법부 등 타 기관의 결정처럼 단순히 그것이 ‘보다 나아지기’ 위해서 선택하는 것이 아니라, 법해석에 의해서는 적합한 결론을 ‘도저히 할 수 없는 필연적 상황’이라서 선택하는 것이어야 한다<sup>476)</sup>.

---

476) 이러한 보충성과 차후성은, 법원리가 법해석에 기여하는 경우가 아니라, 법원리에 입각하여 법형성이 이루어짐을 논의의 전제로 한다.

## 2. 법원리를 활용한 판결의 산출

법원이 법원리를 활용한 논증을 통해서 성문법과는 내용을 달리 하는 법정책적 결정을 내리는 대표적인 영역이 환경분야이다. 특히 환경분야 손해배상청구 사건(이른바 공해사건)에 있어서 법원은 사실의 확정에 관한 독특한 증명책임 법리를 형성하였다<sup>477)</sup>.

증명책임 배분에 있어서 법원의 법형성 기능이 잘 관찰된다. ‘손해분담의 공평’이라는 손해배상책임 제도의 이념에 따라 민사를 규율하는 실질적인 법규범이 생산되었다. 불법행위법의 제도적 목적은 손실의 사후회복과 사고의 사전예방으로서, 콜먼(Coleman)이 말한 것처럼<sup>478)</sup>, 불법행위법(tort)과 사회적 공정(fairness)이라는 법원리 사이에서 교정적 정의가 영향력을 발휘하고 있다.

불법행위법은 불법행위로 인하여 발생한 손해를 회복하는 것을 기본적 목적으로 한다. 불법행위에 관한 일반조항인 민법 제750조는 불법행위로 인하여 발생한 손해는 배상되어야 한다는 원칙을 선언하는데, 이 조항은 이러한 목적을 잘 표상한다. 불법행위에 관한 그 외의 조항들도 이미 발생한 손해의 회복이라는 목표 아래 정렬되어 있다<sup>479)</sup>.

그런데 이러한 증명책임 배분은 사실관계에 관한 것이나 그에 대해서는 법관의 자유로운 심증에 따른 규범적 판단을 거치는 것이므로 법적·사회적 가치 반영과 투여가 가능하다<sup>480)</sup>. 그렇다면 손해배상 소송에서

---

477) 어떠한 사실의 진위불명(non liquet)에 따른 위험의 분배를 의미하는 증명책임에 있어서 우리 법원의 입장이 학계의 통설은 권리의 발생에 따라 분배한다는, - 즉 자신에게 유리한 사실은 본인이 입증해야 한다는 - 규범설 내지는 법률요건분류설을 따른다. 법원은 대법원 1964. 9. 30. 선고, 64다34 판결 이래, 권리의 발생, 변경, 소멸이라는 법률 효과를 주장하는 당사자는 그 법률효과를 인정하는 규정의 요건을 이루는 사실에 대하여 증명책임을 진다는 점을 원칙으로 하고 있다. 하지만 이러한 일반적 경우와 달리 환경 분야에 있어서는 ‘원리’를 활용한 예외적 기준을 만들어 발전시켜왔다.

478) Jules J. Coleman, The Practice of Principle, 1999

479) 권영준, “민법학, 개인과 공동체, 그리고 법원”, 2015. pp.1423-1424

증명책임 배분을 어떻게 하느냐에 관한 정책적 판단이 이루어질 수 있다. 불법행위에 대한 손해배상이라는 법적 수단이 가지는 의의를 생각할 때 더 그러하다. 불법행위 손해배상 책임(tort liability)은 손실 전보(填補)를 통해 침해된 권리와 이익을 구제하는 사법적 수단이기도 하지만, 사회 전반의 정책적 도구로서의 기능도 수행한다<sup>481)</sup>.

---

480) 증명책임 배분을 어떻게 설정하는 것인가가 사안 해결 방식이 합리적이고 타당한가 하는 것과 긴밀하게 결부된다. 불법행위 책임의 귀책구조에서는 입증책임 분배가 중요하기 때문이다. 누구에게 증명책임을 부담시킬 것인가 하는 증명책임의 배분은 증명되지 않은 사실에 관하여 ‘누구’의 불이익으로 돌릴 것인가 하는 문제로서, 증명책임의 소재는 결국 법정정책학적 문제이기도 한다.

481) 불법행위 소송에서 개인 내지 단체의 권리를 확인하고 회복하는 과정을 통해 행정의 목적을 실현하는 효과도 존재한다. 전통적인 사법기제가 현대적인 신생법 분야에서도 유용한 수단으로 활용되고 있다. 따라서 인과관계의 규범적 판단을 위한 증명책임(burden of proof) 배분은, 증명책임을 부담하는 당사자에게 불이익을 부과하게 되는 게임의 규칙이자 사회적 규범으로서, 이는 많은 손해배상 사건에서 승패를 결정하는 첨예한 핵심 쟁점이 된다.

### 제 3 절 법원리의 기능과 작용

#### 제1항 제어적(Negative) 방식

##### 1. 특별한 사정과 법원리의 활용

라즈에 의하면, 어떠한 법규칙을 적용하여 결정을 도출하려 할 때 중요한 원칙이 손상될 수 있는 경우, 법원리는 해당 법규칙을 무효화할 수 있다(principles are allowed to override rules)<sup>482</sup>. 이러한 경우 문제사안에 법이 적용되지 않는다(a law is not applied to a case). 법원은 ‘특별한 사정’을 들어서 법규칙의 효력발생을 저지하는 경우 법원리를 논증에 활용한다. 법체계가 내부 논리의 반복·확장과 강화가 아니라 새로운 내용을 포섭하는 경우 법원은 ‘법원리’라는 논거를 활용하여 해당 결정들을 도출해낸다. 이러한 경우는 법체계 내부의 법명제를 적용한 논증만으로는 법적 판단을 내리기가 어려운 경우 혹은 기존의 내부적 논리에 따른 법적 판단에 결함·오류가 있다고 인식하는 경우 외부의 논거를 사용하는 경우이다.

우리나라 법원이 밝히는 바와 같이 법원리는 ‘법규칙의 체계 외부에 있는’ 것으로서 일반적 지도 이념이기도 하지만 ‘보편적 예외’로서의 성격을 지닌다. 법원리는 법관이 기존의 법체계 외부의 영역에 있는 내용들을 포섭하여 기존 법체계 내용에 변화를 주는 경우에 사용된다. 법원리가 논증에 등장하는 대표적인 판결인 소멸시효 판결이나 통상임금 판결의 경우, 법원은 판결의 이유에 법원리를 등장시킴으로써 법체계 내부의 법명제가 법적 결정의 논거로 채택·활용되는 것을 저지시키고, 법체계 외부의 정책적 논거를 활용하여 결론을 내리는 모습을 보인다.

이러한 법원리의 법명제 효력 차단 기능은, 법원리의 속성이 ‘예외성’

---

482) Raz, 전게서(주472), p. 840

임을 강조하는 법원의 논변을 통해 강조된다. 법원이 법원리가 ‘규칙의 저편’에 존재한다고 표현하거나 ‘보편적 예외’로서 법원리를 자리매김하고 있는 구절에서 법원리의 특성이 확연히 드러난다. 이처럼 사회·정책적 이유에서 법명제의 효력 발생을 차단하고 다른 내용의 결정을 도출하였다는 점에서 법원리를 활용한 논증을 사법부의 법형성적 결정, 다시 말하여 ‘법정책 결정’이라고 이름 붙일 수 있을 것이다.

## 2. 예외 선언을 통한 실정법의 효력 정지

### 가. 신의성실의 원칙

법원리를 통해서 법명제의 적용이 정지되거나 제한되는 가장 대표적인 사례는, 신의성실의 원칙에 따른 판결들이다. 신의칙<sup>483)</sup>은 “정의롭지 않은 것을 청할 수는 없다(Injūsta impetrāre non decet)”는 원리로서, 대표적인 추상명제, 곧 법원리라고 할 수 있다.

“신의성실의 원칙은 법률관계의 당사자가 상대방의 이익을 배려하여 형평에 어긋나거나 신뢰를 저버리는 내용 또는 방법으로 권리를 행사하거나 의무를 이행해서는 안 된다는 추상적 규범”이다<sup>484)</sup>.

신의칙을 통해서 보험금 청구권의 소멸시효 완성 항변을 무력화하거나 근로기준법상의 규정 효력을 없애는 소극적인(negative) 효력 정지·제거 작업의 대표적인 사례이다. 법원리를 이유로 성문법 규정의 효력을 제한하는 많은 경우, 법원은 신의성실의 원칙을 논거로 사용한다. 신의성실의 원칙은 그 표현 그대로 법의 일반 원리이며, 민법 제2조<sup>485)</sup>를 비롯한 여

---

483) 국내 판결에서 ‘신의칙’이라는 핵심어로 관련 판결을 검색한(2018년 연말 기준) 결과, 판결요지에 ‘신의칙’이라는 표현이 등장한 국내 판결은 총 721개, 판시사항에 ‘신의칙’이라는 표현이 등장한 국내 판결은 총 400개가 검색되었다.

484) 박윤직·김재형, 민법총칙, 제9판, 박영사, 2013, 76면

485) 민법 제2조(신의성실) ① 권리의 행사와 의무의 이행은 신의에 좇아 성실히 하



러 법률의 총칙에 규정되어 있는데, 신의성실의 추상성으로 인하여 그 자체로는 특정한 지시를 내리거나 실질적 내용을 담고 있다고 보기란 어렵다. 사안 해결을 위하여 신의성실 원칙을 적용하는 판결은 사회의 ‘정의관념’을 주된 논거로 한다<sup>486)</sup>. 신의성실의 원칙이 말하는 조리(條理; sound reason)의 뜻은 사회의 보편타당한 가치에 비추어서 사회에서 승인된 일반적인 정의 관념으로서, 법관이 “신의칙이라는 통로를 이용하여” 해당 사안에 후견적으로 관여하는 경우이다.<sup>487)</sup>

신의성실의 원칙은 “법률관계의 당사자는 상대방의 이익을 배려하여 형평에 어긋나거나 신뢰를 저버리는 내용 또는 방법으로 권리를 행사하거나 의무를 이행하여서는 아니 된다는 추상적 규범”<sup>488)</sup>으로서, ‘정의’를 보호할 필요가 인정되는 경우, 법원은 정의, 형평에 부합하는 결정을 내리기 위하여 구체적인 법규칙의 적용을 정지시키고 합법성을 희생하더라도<sup>489)</sup> 신의칙을 지킨다. 법원이 신의칙을 논급하는 것은 사회정책적 논

여야 한다.

②권리는 남용하지 못한다.

486) [대법원 2002다1321, 2000다5909]

“신의성실의 원칙에 위배된다는 이유로 그 권리행사를 부정하기 위하여는 상대방에게 신의를 공여하였거나 객관적으로 보아 상대방이 신의를 가짐이 정당한 상태에 이르러야 하고 이와 같은 상대방의 신의에 반하여 권리를 행사하는 것이 정의관념에 비추어 용인될 수 없는 정도의 상태에 이르러야 한다.”

[대법원 2003. 8. 22. 선고, 2003다19961 판결]

“신의성실의 원칙에 위배된다는 이유로 그 권리의 행사를 부정하기 위하여는 상대방에게 신의를 공여하였거나, 객관적으로 보아 상대방이 신의를 가짐이 정당한 상태에 있어야 하고, 이러한 상대방의 신의에 반하여 권리를 행사하는 것이 정의관념에 비추어 용인될 수 없는 정도의 상태에 이르러야 하며, 또한 특별한 사정이 없는 한, 법령에 위반되어 무효임을 알고서도 그 법률행위를 한 자가 강행법규 위반을 이유로 무효를 주장한다 하여 신의칙 또는 금반언의 원칙에 반하거나 권리남용에 해당한다고 볼 수는 없다.”

487) 권영준, “민법학, 개인과 공동체, 그리고 법원”, p.1419

488) 대법원 2002. 3. 15. 선고 2000다13856 판결요지

489) 1992.4.28. 선고 91누9848 판결, 1996. 1. 23. 선고, 95누13746 판결 등

“신의칙 내지 금반언의 원칙은 합법성의 원칙을 희생하여서라도 납세자의 신뢰를 보호함이 정의에 부합하는 것으로 인정되는 특별한 사정이 있을 경우에 한하여 적용된다고 할 것인바, 그 적용을 위하여는 (1) 과세관청이 납세자에게 신뢰의 대상이 되는 공적인 견해표명을 하였을 것, (2) 과세관청의 견해표명이 정당하다고 신뢰한 데 대하여 납세자에게 귀책사유가 없을 것, (3) 납세자가 그 견해표명을 신뢰하고, 그에 따라 행위를 하였을 것, (4) 과세관청이 위 견해에 반하는 처분을 함으로써 납세자의 이익

거를 활용하여 결정을 내렸음을 의미한다.

## 나. 예외성을 인정받기 위한 요건

이러한 판결은 ‘후견주의적 판결’ 혹은 ‘일반조항으로의 도피’로 지적되기도 한다<sup>490)</sup>. 법원 역시 반드시 필요한 경우를 제외하고는 합법성을 신의성실의 원칙에 우선해야 함을 밝히고 있다<sup>491)</sup>. 신의칙이라는 법원리를 활용하여, 구체적인 법규칙의 효력을 차단하기 위해서 법원은 정당한 신뢰의 공여와 행위의 일관성 등 예외 상황으로 분류되기 위한 여러 가지 조건을 실시한다.<sup>492)</sup> 그에 따라서 “정의관념에 비추어 도저히 용인될 수 없는 경우”<sup>493)</sup>에는 신의칙을 활용하여 해당 사안과 관련된 법명제의 적용을 제한하게 된다.

특정한 법률 행위를 사회·도덕적 관점에서 평가하여 효력을 제한하는 ‘반사회질서 법률행위’ 역시 법원리가 소극적(negative) 방식으로 적용하는 사례라고 할 수 있다. 형식상 하자가 없는 행위라고 하더라도, “선량한 풍속 기타 사회질서에 위배”됨을 이유로 그 효력을 제한·상실시키는 것은 법해석 논증이 아니다. 이는 법원이 도덕 및 당사자들의 정당한 기대, 사회적 통념 등 법체계 외부의 자원을 활용하여 정책적인 결정을 산출하는 경우(2009.9.10. 선고 2009다37251 판결 등)이다.

이처럼, 법체계 외부의 자원이 필요한 논증 과정에서 ‘법원리’를 빌어

---

이 침해되는 결과가 초래되었을 것 등의 요건이 모두 충족되어야 한다.”

490) 김형배, 外 공저, 『민법학강의』, 제7판, 신조사, 2007

491) 대법원 2000. 08. 22. 선고 99다62609, 99다62616

“원칙적으로 합법성의 원칙은 신의성실의 원칙보다 우월한 것이므로 신의성실의 원칙은 합법성의 원칙을 희생하여서라도 구체적 신뢰보호의 필요성이 인정되는 경우에 비로소 적용된다고 봄이 상당하다.”

492) 신의칙 위배를 판단하기 위하여, 법원이 보다 구체화한 요건은 다음과 같다. ① 상대방의 신의 형성(상대방에게 신의를 공여하였거나 다른 이유로 상대방이 그러한 신의를 가지는 것이 정당한 상태), ②상대방의 신의에 반하여 권리를 행사하는 것이 정의관념에 비추어 도저히 용인될 수 없는 정도여야 한다.

(대법원 1991.12.10. 선고 91다3802 판결, 대법원 2002다1321, 2000다5909 판결, 대법원 2007. 1. 11. 선고, 2005다47175 판결 등)

493) 대법원 2003. 8. 22. 선고, 2003다19961 판결 등

서 성문법의 효력을 정지·마비시키고 법체계 외부의 자원을 끌어와서 결정을 내리는 경우가 드물지는 않다. 국내 판결문을 검색한 결과, 민법 제103조가 판결요지에 등장한 판결은 총 81개였으며, 밀접하게 연관된 민법 제103조가 판결전문에 등장한 판결의 숫자 304개였다. 이는 많은 숫자는 아니지만, 결코 무시할 수 없는 빈도와 규모로 법원이 법체계(형식적 법체계) 외부의 자원을 논증의 재료로서 활용하고 있음을 실증하고 있다.

다만, 판결에 신의칙이 등장하는 경우, 신의칙을 활용하여 결정을 내리는 법관이나 그에 반대하는 법관 모두 공통적으로 신의칙 판결의 ‘예외성’을 한결 같이 강조하고 있다. 예컨대 2012다89399 판결의 반대의견은 다음과 같이 법적 안정성을 이유로 들면서 신의칙을 결정의 논거로 활용하는 판결의 위험성을 경계한다<sup>494</sup>).

실정법의 개별 조항에 의하여 명백히 인정되는 권리·의무의 내용을 신의칙을 이유로 변경하는 것은 법체계에 심각한 혼란을 초래하여 법의 권위와 법적 안정성에 큰 위협이 될 수 있다. 신의칙을 적용하여 그와 같은 실정법상의 권리를 제한하는 것은, 개별적인 사안의 특수성 때문에 법률을 그대로 적용하면 도저히 참을 수 없는 부당한 결과가 야기되는 경우에 최후 수단으로, 그것도 법의 정신이나 입법자의 결단과 모순되지 않는 범위 안에서만 고려해 볼 수 있는 방안에 불과하다.

법적 논증에서 법원리를 활용하여 범명제의 효력을 차단하는 대안에 관한 고려가 후순위라는 사실을 잘 보여준다. 이는 실질적인 규범 창설, 사법입법을 가져오는 논증의 무게 때문이다.

---

494) 2012다89399 中 대법관 이인복, 대법관 이상훈, 대법관 김신의 반대의견

## 제2항 생성적(Positive) 방식

### 1. 매개기능을 통한 외부 규범자원 내부화

법원리를 활용한 논증이 법체계 내에 존재하는 구체적 법명제의 효력을 제약하는 기능만을 하는 것은 아니다. 법원은 법체계 내부의 법명제가 결정의 논거로 채택·활용되는 것을 저지하는 경우도 있으나, 또 다른 일면으로는 법규범의 실질적 의미를 변경시키거나 새로운 내용을 생산하는 적극적(positive) 기능 역시 수행한다.

법원리가 법규범 생산적(positive) 기능을 하는 것은, 법원리가 법체계와 사회를 ‘매개’하고, 외부의 적합한 예비규범 자원을 ‘내부로 포섭’하는 기능을 수행하고 있기 때문이다.

단순히 정책 그 자체를 근거로 삼아서 법적인 결정을 내릴 수는 없다<sup>495)</sup>. 정책과 법이 긴밀한 관계에 있으나 양자는 동일하지 않다. 따라서 정책의 차원에 있는 예비규범 자원이 법원의 결정 논거로 사용되기 위해

---

495) Eisenberg, The Nature of the Common Law, pp.32-33 (Chapter 4 : Social Propositions : Policies)

“정책이 법적 논증에 너무나 만연하게 관여하고 있기 때문에 법원에 의하여 채택된 정책은 그 자체로 법이라는 주장은 그럴 듯하다. David Lyons는 다음과 같이 그러한 관점의 주장을 하였다.

: 사건을 책임감 있게 해결해야 한다는 사법적인 의무는 쉬운 사건으로 끝나지 않고, 어려운 사건의 이론(theory of hard cases)은 판사들에게 그들이 법 규칙이 바닥났을 때 사건을 책임감 있게 판단하기 위하여 해야만 하는 것을 알려준다. 비록 관련된 정책이 법 밖에서 얻어진 것으로 추정되지만, 어려운 사건의 이론은 법원들이 그 정책들에 호소할 의무가 있음을 암시한다. 만일 법원이 그 정책들에 호소할 의무가 있다면, 그 정책들은 현재의 목적에 있어서, 정립된 법 규칙과 구별되지 않는다. 다시 말해, 그 정책들은 어려운 사건들에서의 판단을 안내하는 데에 사용되어야만 하는 기준들이다. (...) 합의된 약속은 집행 가능해야 한다는 법 규칙은 약속은 지켜져야 한다는 도덕적 규범을 반영한 것이다. 그러나 그 도덕적 규범은 법 규칙이 아니다. 오히려, 법 규칙은 협상의 일부이거나 또는 다른 독립된 기준들을 충족시키지 않는 한 약속은 집행할 수 없다는 것이다. 더 나아가, 법원이 채택한 정책 또는 도덕규범 그 자체를 법이라고 한다면 제도적 원리(institutional principle)가 기능적이지는 못할 것이다. 이는 법 규칙의 정립에 관여한 사회적 명제가 채택 당시에 필요한 사회적 지지(social support)를 받지 못하거나 후에 그 지지를 상실한 경우에도 여전히 구속력을 가진다는 것을 암시하기 때문이다.

서는 실정법체계의 영역으로 들어올 수 있도록 ‘승인’되고 ‘변환’되어야 한다.

“굳이 현대 체계이론에 의지하지 않더라도, 법체계와 사회현실은 당위와 존재로서 서로 개념적·내용적·기능적으로 분리된다. 따라서 존재영역에 속하는 사회 현실의 주장과 논리를 곧바로 당위영역에 속하는 법체계에 끌고 오는 것은 적절하지 않다. (...) 그러므로 법체계 밖에 존재하는 사회현실의 논리나 주장, 즉 외부적 논리는 법체계 내부의 논리로 전환되어 원용되어야 한다. 즉 법체계가 허용하는 규범적 논리로 전환되어야만 비로소 법형성의 기초로 사용될 수 있는 것이다. 이러한 연유에서 사회 현실의 주장이나 논리를 성급하게 법형성의 근거로 삼는 것은 피해야 할 것이다.”<sup>496)</sup>

상기 논변에서 추출되는 요지는, 사회적 규범과 도덕적 판단과 같은 법체계 외부의 예비규범 자원을 “법체계 내부의 논리로 전환”하는 작업이다. 법형성 판결에서 법원리는 실정법체계 내부규범이 아닌 외부의 예비규범 자원을 법체계에 유입하여 실정법화(化)하는 ‘승인’과 ‘변환’의 기능을 담당한다.

“도덕적 권리는 사법절차를 통해, 즉 법관에 의한 법형성에 의해 법적 권리로 제도화될 수 있다. (...) 기존의 권리체계로는 해당 분쟁을 해결할 수 없는 경우, 법관은 이를 해결하는 데 적합한 새로운 권리를 모색해야 한다. 분쟁을 해결하는 데 적합한 도덕적 권리를 발견하거나 형성한 법관은, 헌법이 일반조항 형식으로 규정한 각종 원리규정을 통해 이를 법체계 안으로 끌어들이는다. 이 경우 법원리를 구체화하고 있는 기본권 규정이나 각종 법률이 규정한 일반 조항이 중요한 역할을 수행한다. 이러한 원리 규정에 힘입어 도덕적 권리는 법적 권리로 전환되고, 법관은 이렇게 전환된 법적 권리를 원용해 해당 분쟁을 해결한다. 이렇게 해서 도덕적 권리는 사법절차를 통해서도 법적 권리로 제도화된다.”<sup>497)</sup>

---

496) 양천수, 법률에 반하는 법형성의 정당화 가능성, p.136

497) 양천수, 권리의 형성 메커니즘, pp.107-108

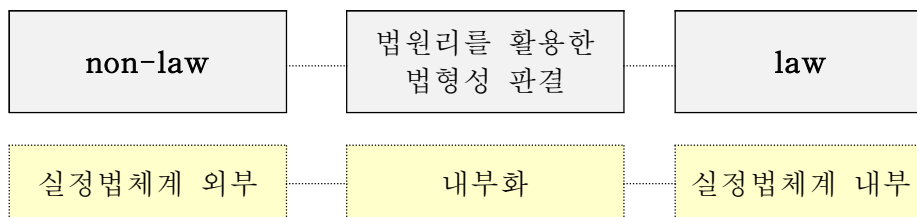
법원이 실정법체계 외부의 예비규범, 정책 논거를 “법체계 안으로 끌어들이는” 작업에서 법원리는 법체계 내부와 외부의 매개(媒介)함과 동시에, 외부의 자원을 법체계 내부의 규범자원으로 변환하는 작업을 수행한다<sup>498)</sup>.

법원은 법형성 판단을 통해서 법체계의 경계선을 움직인다. 법원은 법체계 운영에 있어서 그 내용을 동일하게 유지하거나 변화를 하는 기능을 수행한다. 사회적 변화가 있다고 하더라도 법원이 이를 판결을 통해서 공식적으로 승인할 계기가 없으면 법의 변화는 일어나지 않는다. 분쟁사안을 통해 규범적 변화가 요청되는 사안이 법적 쟁점이 되었을 때<sup>499)</sup>, 법원의 법획득 작업을 거쳐 법은 변화한다.

## 2. 체계적 합법성의 부여

법원리를 활용한 판결은 법체계 외부의 자원에 법규범의 지위를 부여한다. 즉, 당면한 사안의 적합한 해결을 위하여, 법원이 법체계 내부의 자원에 만족하지 않고 외부 자원을 내부화하는 작업은 다음과 같이 일별 가능하다.

〈표 5-1 : 법체계 외부 예비규범의 법규범화〉



그런데 법원리가 실정법체계 외부의 예비규범 자원을 법체계 내부로

498) 이처럼 법원리를 활용한 법원의 법형성 판결을 환경분야의 입증책임 완화 판결 등을 통해서 관찰할 수 있다. 구체적 내용은 다음 장에서 상술한다.

499) 다음과 같은 Teubner의 언표와 같이 분쟁 사안은 법적 쟁점을 구체화한다.

“Social conflicts trigger processes within the law which formulate legally specific conflicts of expectations.” [Gunther Teubner, 1993, p.58]

들여오는 매개 기능을 수행한다고 할 때, 비법(非法) 자원이 법(法)자원으로 변용하는 것을 가능하게 하는 기제를 검토할 필요가 있다.

법의 효력은 해당 ‘변환’ 작업을 설명하는 중요한 단서를 제공한다. 법이 무엇인가를 논할 때, 법의 효력은 중요한 개념 표지가 된다. 실효성이 있으나 합법성(legality)이 부족한 사회의 규범을 법원리 혹은 원칙을 들어서 유효한 법규범으로 전환하는 작업이 이루어진다. 법의 효력에 관해서 학자마다 다양 접근방식과 이해의 결과를 제시하고 있으나, 법의 효력이 법의 개념적 징표라는 것은 많은 선행 연구에 의해서 강조되고 있다. 중요한 문제는 ‘법 효력’이 뜻하는 정확한 의미이다<sup>500)</sup>.

통상적인 법 효력의 판단 기준은 실효성, 합법성, 정당성으로 구분된다,<sup>501)</sup> 법의 실효성은 해당 법이 준수되고 구속력이 있다는 사회적 실행

---

500) 심헌섭(1980), 법의 효력에 관한 연구, 제21권제1호, pp.143-145

“우리는 효력이 법의 개념적 징표이기도 하다는 점을 승인하기에 이르렀다. 이러한 인식은 우리로 하여금 더욱 법의 효력이란 무엇을 의미하는 것인가에 대한 물음에로 재촉케 한다. 이는 아마도 이러한 물음이 대답될 때, 우리를 그렇게 괴롭혀 온 ‘법이란 무엇인가?’라는 질문도 더욱 명백히 밝혀질 것이라는 기대 때문일 것이다. 그러면 과연 법의 효력이란 무엇을 의미하는 것인가?”

501) 최봉철, “법의 효력 : 요건과 효과를 중심으로” (pp.50-51)

“국내 학자들의 입장을 종합하여 정리하자면, 어떤 법이 ‘법으로서 효력이 있다’, 다시 말해 ‘법적 효력이 있다’는 표현은 다의적인 표현으로, 그 근거이론을 사회학적 효력설, 법률적 효력설, 철학적 효력설로 분류할 수 있고, 각각의 이론이 취하는 효력 유무에 관한 판단기준은 실효성, 합법성, 정당성이라는 것이다. (...)”

우선 법효력론을 사회학적 효력설, 법률적 효력설, 철학적 효력설로 분류하는 것은 이해하기 어렵다. 사회학의 모든 이론이 법의 효력의 유무를 판단할 때 실효성을 그 기준으로 설정하고 있는지에 대해 의문이 있다. 또한 철학적 효력설이라는 명칭 역시 그러한 편향성의 문제를 안고 있다. 철학적 효력설은 어떠한 자연법론에 근거한 이론을 지칭하는 것으로 보이는데, 그러한 자연법론에 대해서만 철학적이란 칭호를 준다면 법실증주의는 철학과는 관련이 없다는 의미를 내포하기 때문이다. 마지막으로 법률적 효력설이란 용어 역시 그 지칭하는 바가 무엇인지 알려주는 바가 명확하지 않다는 약점이 있다.

이제 효력의 판단기준으로서의 실효성, 합법성, 정당성이라는 명칭에 대해 살펴보자. 이러한 명칭은 왜곡의 정도가 전자에 비해 훨씬 덜하다. 실효성설이나 정당성설이라는 명칭은 그것이 전하고자 하는 주장을 개략적으로 알아차릴 수 있다. 그러나 합법성설이라는 명칭은 그렇지 않다. 필자가 생각하기로는 합법성이란 영어로는 ‘legality’를 뜻하고, 합법적인 법이란 일정한 형식적인 혹은 체계내적인 심사를 통과한 법을 지칭한다고 짐작되며, 합법적이라는 말은 체계적이라는 표현으로 대치할 수 있다고 생각된다.

의 차원<sup>502)</sup>, 사실적 측면의 효력이며, 합법성은 해당 법률이 상위법의 수권에 따라 법체계의 구성원 지위를 인정받는다라는 점과 연계된 형식적 측면의 효력, 정당성은 법의 내용에 관한 철학적·도덕적 평가와 결부된 효력이다.

법의 효력은, “법이냐 아니냐를 결정하는 문제<sup>503)</sup>” 같다고 할 만큼, 법의 여러 층위에서 분석된다.<sup>504)</sup> 사회적 실행(practice)로서의 법을 강조하는 법실증주의 입장에서 법의 효력이 법의 개념적 표지가 되는 것은 논리적으로 당연한 귀결이다. 반면, 비실증주의 입장은 법의 효력에 기울이는 관심의 정도가 균질적이지 않다. 드워킨은 법의 효력보다 그 밖의 쟁점에 관심을 기울였으나<sup>505)</sup>, 많은 자연법주의자들은 정당성의 측면의 법의 효력에 기울인다.

하지만 법의 효력 중 가장 기초가 되는 것은 법체계에의 ‘소속성’을 의

502) ‘실효성’이라는 카테고리 안에서 두 개념을 동시에 전달하고 있기 때문에 개념 오해의 문제가 발생할 수 있다. 사회 일반에 의한 ‘준법가능성’, 즉 확률적 의미의 법의 효력과 ‘실효성’이 긴밀히 연계되지만 실효성과 전적으로 동일한 개념으로는 보기 어렵기 때문이다. 오해를 유발할 소지는 있으나 글의 전반적 주제와의 관련성이 높지 않아서 간략히 정리하였다.

503) 심헌섭, 법의 효력에 관한 연구, 제21권제1호, 1980, p.141

“오늘날 법효력의 문제는 법이냐 법이 아니냐를 결정하는 문제와 같다고 말하여 진다. 이는 법효력의 문제가 법개념과 밀접하게 관련되어 있음을 말할 뿐만 아니라, 나아가 그것은 바로 법개념 자체의 문제라는 것을 말하는 것”

504) 오세혁, “규범충돌 및 그 해소에 관한 연구: 규범체계의 통일성을 중심으로”, 2002, pp.22-23

: “오늘날 적어도 법에 대해서 실효성(Wirksamkeit)과 개념적으로 구분되는 효력(Geltung)에 대해서는 사실적 효력관으로는 부족하고 결국 규범적 효력관을 통하여 이해할 수밖에 없다는데 의견이 일치하는 듯하다. (...) 한편에서는 규범의 효력을 단지 규범의 존재, 다시 말해 규범체계에 대한 소속성이라는 개념으로 이해하려 한다. 즉, 규범이 규범체계에서 정한 절차에 따라 제정 및 공포 절차를 거쳐 성립되기만 하면 일단 효력을 갖는다는 것이다. 이에 비하여 다른 한편에서는 효력을 수범자에 대한 준수가능성 내지 적용가능성의 개념, 나아가 법이념적, 평가적 관점까지 끌어들이어 구속성(Verbindlichkeit)의 개념으로 이해하려 한다. 즉, 규범은 제정 및 성립됨으로써 효력을 갖는 것이 아니라 적용 가능하여 수범자에 대하여 구속력을 가질 때에 비로소 효력을 갖는다는 것이다. 이러한 점에서, 규범의 효력은 이중적인 의미로 이해된다.”

505) Ronald Dworkin(장영민 옮김), 『법의 제국』, 아카넷, 2004, p. 169

“법철학은 주로 법의 근거의 문제를 더 세심하게 연구하기 위하여 효력의 문제를 사상(捨象)한다. 이것이 가능한 것은 효력에 관하여는 충분히 대체적인 합의가 있기 때문이다.”



미하는 합법성의 효력이다<sup>506)</sup>. ‘법원리’는 전체 법질서를 향도하는 위상을 지닌다. 이러한 ‘상위’의 법원리를 논증에서 활용함으로써 법원은 사회적 실효성을 지닌 예비규범에 법질서와 원칙의 이름으로 법체계 구성원의 자격을 부여하는 승인(承認) 과정을 거친다. 즉, 법형성 판결에 등장하는 법원리는 실정법체계 외부와 실정법체계를 ‘매개’하는 기능을 수행함과 동시에, 법체계 외부의 논거를 법체계 내부로 끌고 들어온다. 이는 타당성과 실효성은 획득하고 있었으나 체계적 합법성이 결여되었던 외부의 ‘예비규범’ 자원을, 법원리와의 결합을 통해서 ‘규범’ 자원으로 환치하는 과정이다.

---

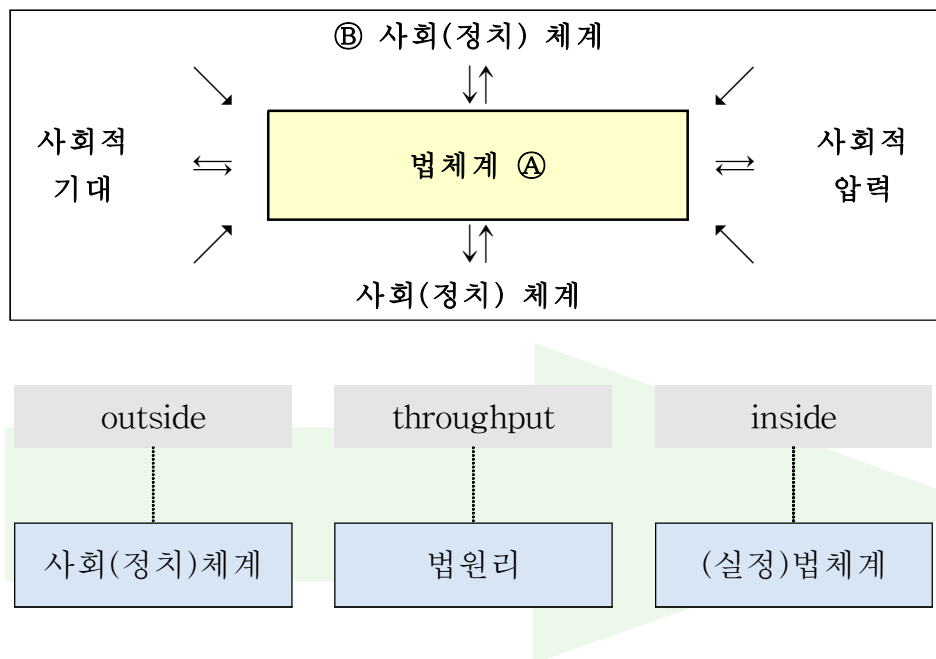
506) 최봉철, "법의 효력: 요건과 효과를 중심으로", p. 52

: 브로블레프스키(Wroblewski)는 어떤 법에 대해 법적 효력이 있다는 표현은 사실적 효력이 있다, 체계적 효력이 있다, 아니면 가치론적으로 효력이 있다는 표현 중 하나라고 한다. 이와 같이 효력의 요건을 세 가지로 구분한 다음, 가장 기본은 체계적 효력이라고 한다. 이에 반해 사실적 효력이나 가치론적 효력은 체계적 효력을 시정하는 것으로서, 예외적으로 사용된다고 주장한다.

### 제3항 법원리 논증의 의의

이 연구는 법원리를 보편타당한 상식이나 국민 일반의 법감정과 같은 기준을 사안판단 규범으로 승인(recognition)받게 하는 도구적 매개체로서 이해한다. 단순 실무관행 및 일시적인 수준의 사회적 의지 결집을 바로 법으로 보기는 어렵다. 해당 기준과 잣대들이 법으로 인정받기 위해서는 법관의 승인이 필요하다. 사회·정치체계 영역의 예비규범 자원을 법체계 내부로 수용하여 법규범으로 승인하고 사안규범을 현출하기 위한 매개체가 필요하다. 이러한 승인을 위한 매개체로서 법원리가 기능한다고 이해한다. 즉, ‘사회일반의 정의관념 : 법원리 = 재료 : 도구’라는 도식으로 정리할 수 있다.

〈그림 5-1 : 법체계와 사회체계를 매개하는 법원리의 기능〉



보다 간명하게 이를 전달하자면, 상기 그림의 B영역에서 A영역으로 이동하기 위한 과정에서 법원리가 활용된다. 법원리는 법원의 논증 과정에서 ‘변화’를 가능하게 하는 역할을 담당한다. 사회(정치)체계 영역에서

일정 수준 이상의 지지를 받고 있는 것으로 인식된(cognition) 예비규범이, 법원의 ‘법원리’에 입각한 판단행위, 즉 승인(recognition)에 의해서 법체계 내부로 진입하여 사안규범의 지위를 획득하는 것이다. 단순한 정책적 예비규범 자원이 법체계 내부로의 진입을 위해서는 승인이 필요한데 그러한 승인은 법원리에 의해 가능하다<sup>507)</sup>.

즉, ‘법체계’는 ‘사회(정치)체계’ 내에서 존재하며 영향을 주고받는다는 전제에서, 법체계의 (사회적 지지라는 측면에서의) 내용적 건전성 및 규범의 사회적 지지를 통한 실효성 확보, 체계로서의 지속가능성을 위해서는 개방성을 보증하는 도구가 필요하다.

법적 판단에 있어서 법체계 내부 자원이 아닌 논거가 함부로 개입할 수는 없다. 다만 사안의 필요성 등에 의하여 규범 현출이 필요한 경우가 존재한다. 이를 위하여 사법입법이 요청되며, 법원은 사회적·정책적 가치를 종합적으로 반영한 결정을 내리게 된다.<sup>508)</sup> 이 과정에서 법체계<sup>509)</sup>의 對사회적 개방성을 보증하는 도구가 필요하며 법원리는 그러한 역할과 기능을 수행하고 있다.

---

507) Hart는 Hobbes가 말한 주권자의 의지만으로 법으로 승인되기에는 불충분하다고 비판하면서 법관의 승인율을 강조하였다.

508) 법원리의 ‘향도적·계도적’ 기능은 기존 법규범이 단순반복·재생산되는 ‘유지’의 단계에서는 큰 의의가 없다. 법원리의 향도적 기능은 법원리가 그러한 향도·계도를 통해서 일정한 규범적 판단의 잣대를 ‘형성’하는 ‘변화’의 단계에서이다.

509) 체계의 관점에서 간명하게 정리하자면, “operatively closed and cognitively open(Teubner, Law as an Autopoietic System, p.40, 1993)” 상태이다

## 제 6 장 법원리를 활용한 사법입법 분석

### 제 1 절 판례법의 정립과 사법입법

#### 제1항 환경법의 원리와 정책적 목표

##### 1. 환경법원리와 환경법정책

기본권 개념의 확립과 연계된 법원리는 법정책과 환치할 수 없다. 하지만 신생 법규 분야에서는 법원리와 법정책을 환치함에 무리가 없다고 본다. 예컨대 ‘환경보호의 원칙’과 ‘환경보호정책’은 쉽게 환치될 수 있다.

법정책적 특성을 두드러지게 확인할 수 있는 분야는 환경법 분야이다. 법을 통한 정책 목표 실현 및 자원의 배분이라는 성격은 환경법과 같은 신생 법률 분야에서 두드러지게 나타난다. 환경법 분야의 법률들은 - 여타 현대법의 상당수가 공유하는 특질이기도 하나 - 개별 법률이 의도하는 목적을 표방하는 조항들이 존재하며, ‘원칙’들 역시 법률에 자주 등장한다. 이들은 처음에는 선언적 원칙이었으나 점차 실체적 규범으로서의 성격을 인정받았다<sup>510)</sup>.

예컨대 환경 분야에서 어느 정도 공유된 지지를 획득하여 환경법의 원리로 정리하더라도 무방한, 지속가능발전 원칙, 사전배려(예방)의 원칙, 오염원인자책임의 원칙 등은 모두 국제환경 정책에서 출발하였으나, 내용에 대한 긍정적 검토와 확산을 통해서 환경법원리가 되었다고 볼 수

---

510) 이른바 ‘효율성’이 법정책 내지 법경제학을 상징하는 것으로, ‘정의와 가치’가 법원리를 대표하는 것으로 이해하는 이분법적 접근방식을 취하는 경우가 많다. 하지만 이러한 대조적 방식에 잘 부합하는 경우가 일부 있지만 그러한 예가 법정책과 법원리 전체를 대변하는 것이라고 생각하지 않는다.

있다. ‘보편화 가능성’의 관점에서 법정책이 진화하여 법원리의 위상을 얻게 된, ‘위상의 차이’라고 이해하고 있다. 이러한 위상의 차이를 가시적으로 관찰할 수 있는 것이 환경법 분야로서, 환경법의 지속가능발전 원칙, 사전배려 원칙, 오염원인자 원칙 등이 국제 환경정책에서 국내법의 내용으로 편입되고 위상을 확보해가는 과정이다.

더욱이 환경 분야의 불법행위 사안을 다루고 있는데, 해당 사안들을 다룬 법원의 판결이 ‘법정책’적 판단이라고 한다면 그러한 결정이 내려진 ‘목적’이 무엇인지를 규명할 필요가 있다. 법원이 지향하는 ‘정책적 목적’이 무엇인지를 분석할 필요가 있다. 글에서 논급하고 있는 “손해의 공평한 분담”은 불법행위 일반에 적용되는 법원리이기 때문에, 보다 특수한 영역인 환경 분야 불법행위 판결에서 지향하는 정책적 목표 내지는 목적을 규명해야 한다.

환경법 분야의 법률들은 - 여타 현대법의 상당수가 공유하는 특질이기도 하나 - 개별 법률이 의도하는 목적을 표방하는 조항들이 존재하며, ‘원칙’들 역시 법률에 자주 등장한다. 이들은 처음에는 선언적 원칙이었으나 점차 실체적 규범으로서의 성격을 인정받았다.

현재 가장 대표적인 환경법원칙으로는, 지속가능발전의 원칙, 사전배려의 원칙, 오염자책임의 원칙, 협동의 원칙 등을 들 수 있다. 이러한 환경법원칙들은 그 규범적 지위를 추적할 때, 실정법화 과정을 보인다. 예컨대, 지속가능발전 원칙, 사전배려(예방)의 원칙, 오염원인자책임의 원칙은 국제적인 환경정책이 혹은 선언이 각국의 국내 환경정책으로 수용되고 시간에 따라 각국의 환경법에 해당 원칙을 내용을 담은 규정이 입법됨으로써 ‘실정화’되는 과정을 거친다<sup>511)</sup>.

511) 조홍식(2019), 환경법, p.80

“환경법원칙들은 정치적 결단으로 시작했지만, 우리 법질서 속에 수용된 이상 이미 법적 근거를 확보하고 있다. 즉, 헌법상 환경권 규정을 비롯하여 환경정책기본법, 자연환경보전법, 대기환경보전법, 환경영향평가법, 지속가능발전법 등 다수의 환경법률에서 직·간접으로 지속가능발전원칙, 사전배려원칙, 원인자부담원칙과 협동원칙이 명문화되어 있다. 문제는, 환경법원칙 중 원인자책임원칙을 제외하고는 “원칙”으로 명시된 것이 없다는 점이다. 그러나 환경법원칙으로 거론되는 원칙들은 모두 환경보전에 필수불가결한 내용일 뿐 아니라 환경법 전 영역을 광통해 적용될 수 있는 일반적 성

환경법의 정책적 목표는 여러 가지를 들 수 있지만, 가장 중요한 목표 중 하나는 리스크 관리이다. 일반적으로 우리나라 민법의 목적을, ‘공공 복리’으로 보는 견해(곽윤진, 민법총칙, 1998), 우리나라 민법의 목적을, ‘사적자치’로 보는 견해(양창수)가 구분되며, 특히 불법행위 손해배상법(tort)의 정책적 목표는, 손해의 공평한 부담이다.

환경법의 경우에는 이에 더하여 리스크 정책이 주요 내용을 구성한다. 일반적인 손해배상책임에 비하여 환경 분야의 손해배상책임은 과학기술 발달로 인한 리스크 대한 적정관리 및 공정한 책임 배분을 통해 환경 자원을 효과적으로 보호하는 것, 그리고 환경 문제와 관련한 개인의 권리 구제에 있어서 실질적으로 동등한 지위를 보증하는 것을 정책적 목표로 고려하고 있다. 이러한 맥락에서 오염원인자 책임원칙(polluter pays principle)이나 사전예방원칙(precaution principle) 모두 공통된 기반을 가진다. 또한 리스크 관리와 함께 실질적(교정적) 정의나 사회적 약자의 제도 접근성 강화 등 역시 환경 정책의 중요한 목표라고 할 수 있다.

환경법 분야의 법률들은 - 여타 현대법의 상당수가 공유하는 특질이기도 하나 - 개별 법률이 의도하는 목적을 표방하는 조항들이 존재하며, ‘원칙’들 역시 법률에 자주 등장한다. 이들은 처음에는 선언적 원칙이었으나 점차 실제적 규범으로서의 성격을 인정받았다.

환경법원칙들은 그 규범적 지위를 추적할 때, 가치의 선언에서 출발해 실정법으로 들어오는 과정을 보인다. 예컨대, 지속가능발전 원칙, 사전배려(예방)의 원칙, 오염원인자책임의 원칙은 국제적인 환경정책이 혹은 선언이 각국의 국내 환경정책으로 수용되고 시간에 따라 각국의 환경법에 해당 원칙을 내용을 담은 규정이 입법됨으로써 실정법화되는 과정을 거치는 것을 들 수 있다.

환경법의 정책적 목표는 여러 가지를 들 수 있지만, 가장 중요한 목표

---

격을 갖고 있다. 또한 ‘신뢰보호의 원칙’, ‘과잉금지의 원칙’, ‘비례의 원칙’ 등은 실정법상의 근거가 없음에도 행정법상 ‘법원칙’으로 널리 인정되고 있다. 그렇다고 한다면 어떤 규범이 법원칙으로 인정되기 위해서 그것이 ‘원칙’임을 명시할 필요까지는 없다고 보아야 한다.”

중 하나는 리스크 관리이다. 리스크 정책은 환경법의 주요 내용을 구성한다. 일반적인 손해배상책임에 비하여 환경 분야의 손해배상책임은 과학기술 발달로 인한 리스크 대한 적정관리 및 공정한 책임 배분을 통해 환경 자원을 효과적으로 보호하는 것, 그리고 환경 문제와 관련한 개인의 권리구제에 있어서 실질적으로 동등한 지위를 보증하는 것을 정책적 목표로 고려하고 있다.

이러한 맥락에서 오염원인자 책임원칙(polluter pays principle)이나 사전예방원칙(precaution principle) 모두 공통된 기반을 가진다. 또한 리스크 관리와 함께 실질적(교정적) 정의나 사회적 약자의 제도 접근성 강화 등 역시 환경 정책의 중요한 목표라고 할 수 있다.

## 2. 환경법의 정책적 성격

환경법은 리스크 정책이 주요 내용을 구성한다. 일반적인 손해배상책임에 비하여 환경 분야의 손해배상책임은 과학기술 발달로 인한 리스크에 대한 적정관리 및 공정한 책임 배분을 통해 환경 자원을 효과적으로 보호하는 것, 그리고 환경 문제와 관련한 개인의 권리구제에 있어서 실질적으로 동등한 지위를 보증하는 것을 정책적 목표로 고려하고 있다. 이러한 맥락에서 오염원인자 책임원칙(polluter pays principle)이나 사전예방의 원칙(precaution principle) 모두 공통된 기반을 가진다.

환경법원칙들은 그 규범적 지위를 추적할 때, 실정법화 과정을 보인다. 예컨대, 지속가능발전 원칙, 사전배려(예방)의 원칙, 오염원인자책임의 원칙은 국제적인 환경정책이 혹은 선언이 각국의 국내 환경정책으로 수용되고 시간에 따라 각국의 환경법에 해당 원칙을 내용을 담은 규정이 입법됨으로써 실정화되는 과정을 거친다.

환경법의 정책적 목표는 여러 가지를 들 수 있지만, 가장 중요한 목표 중 하나는 리스크 관리이다. 리스크 정책은 환경법의 주요 내용을 구성한다. 일반적인 손해배상책임에 비하여 환경 분야의 손해배상책임은 과

학기술 발달로 인한 리스크 대한 적정관리 및 공정한 책임 배분을 통해 환경 자원을 효과적으로 보호하는 것, 그리고 환경 문제와 관련한 개인의 권리구제에 있어서 실질적으로 동등한 지위를 보증하는 것을 정책적 목표로 고려하고 있다.

이러한 맥락에서 오염원인자 책임원칙(polluter pays principle)이나 사전예방원칙(precaution principle) 모두 공통된 기반을 가진다.

또한 리스크 관리와 함께 실질적(교정적) 정의나 사회적 약자의 제도 접근성 강화 등 역시 환경 정책의 중요한 목표라고 할 수 있다.

## 제2항 환경 판례법의 정립

### 1. 법원리를 활용한 판례법의 형성

환경법 분야에서 판례법의 형성 경로는 다음과 같이 관찰된다. 일차적으로 ‘법원리’에 기한 법형성 판결이 이루어진다. 법원리를 논거로 하는 판결은 사회의 정의관념과 형평, 분쟁 당사자들의 실질적 기회 평등 등을 이유로 하여 특정한 법리를 구성한다.

공해소송에 있어서 우리나라 법원이 항상 판결의 이유로서 ‘손해의 공평한 부담’이라는 손해배상 제도의 취지를 선언하고, 분쟁 당사자 간의 실질적 무기 대등을 위하여 피해자의 입증책임 부담을 경감한다고 밝히고 있다. 타 분야와는 달리 공해소송 분야에서 인과관계 성립을 추정하는 차별화된 법리를 구성하는 이유로 제시한 것은 ‘사회형평의 법 관념’이다. 법원은 꾸준히 손해배상 제도의 취지가 “손해의 공평한 부담”에 있음을 논지로 하여 종래의 일반적 불법행위와는 차별화되는 법리에 따라 판단을 내렸다. 손해의 공평한 부담이라는 손해배상 제도의 취지 달성을 위해서는 환경 분야의 특수성을 감안한 증명책임 배분이 필요하다는 이유에서이다.



환경 분야에서의 인과관계 입증의 어려움 때문에 법원은 환경 분야의 불법행위를 일반불법행위와 차별화하는 법리를 발달시키기 시작하였다. 법원은 이 문제를 해결하기 위하여 법관의 자유로운 심증을 거쳐서 인정되는 ‘규범적 인과관계’라는 개념 도구를 사용한다. 그리고 이러한 개념 도구는 ‘법관의 자유심증주의’라는 법원리를 활용하여 형성되었다<sup>512)</sup>. 민사소송법의 ‘자유심증주의’는 법 문언에 고도의 불확정적인 요소들이 산재해 있다. 민사소송법의 ‘자유심증주의’ 규정은 법원의 판단 재량을 열어두고 있다.

그리고 이러한 법원의 판단은 “비슷한 사건은 비슷하게 판결하여야 한다(a similibus ad similia)”라는 유비추론(analogy)의 원칙에 따라 비슷한 내용의 법적 판단이 반복·재생산된다. 일련의 판결들은 배출-도달-피해 발생이라는 구조를 공통적으로 택하고, 결론적으로 피해자가 주장하는 인과관계 성립을 개연성 기준에 따라서 인정한다.

선례 구속주의에 의해, 유사한 사안에 대한 일련의 판결을 통해 해당 사안들을 공통적으로 규율하는 법리가 형성된다<sup>513)</sup>. 법관은 이전의 사안들에 대한 재판을 하면서 형성된 규칙을 판례 속에서 찾아 담당 사안에 적용하게 된다. 선례구속주의를 따르는 법관은 선행 판결 속의 규칙을 정리하고 재언명(restate)하는 과정을 통하여 법을 현출해낸다<sup>514)</sup>. 법관이 선행 사안들에 대한 누적된 재판 결과를 분석하여 규범을 ‘현출(顯出)’하는 것이다. 제1절에서 검토한 공해소송 사건에서의 인과관계 증명부담 완화도 이와 같은 선례구속주의에 따라 일련의 판결들이 집적되면서 이루어져 왔다.

512) 즉, 이 법원리에서 새로운 규칙을 만들어내는 과정은 다음과 같다. ① 법관의 자유심증주의 → ② 규범적 인과관계 → ③ 개연성설에 의한 일응의 추정(prima facie)과 본증주체 변경

513) 영미법과 대륙법의 법계(法系) 차이를 들어서 우리나라에는 선례 구속주의가 적용되지 않는다는 견해도 있으나, 하급심이 상급심 판결에 기속되는 법원조직법 및 실제의 법 현실을 감안할 때 우리나라의 경우에도 선례는 추정적 구속력을 지니고 있다고 이해함이 적합할 것이다.

514) Micheal S. Moore, Precedent, Induction, and Ethical Generalization

“우리 대법원 역시 법원리규범을 원용하여 판결을 내리는 경우가 있다. 실정법 체계에 내재해 있는 가치들을 반영하는 법규범으로서 기능하는 법원리에 의한 법해석을 하면서, 가령 대법원은 공해소송에 있어서 인과관계의 입증책임 문제와 관련하여, ‘손해와 이익의 공평부담원리’라는 정의의 원리를 원용하여 ‘자연력과 가해자 측의 과실행위가 결합하여 손해가 발생한 경우 가해자의 배상액을 감액할 수 있는가?’라는 법률적 사안을 해결하기도 한다. 이처럼 법질서에 들어 있는 법원리규범을 원용하여 해당사안에 확정적 법규범이 없는 경우 그 사안에 적용할 법규범을 정립하는 ‘법원리에 의한 법보충’에서 보듯이 법원리규범은 우리 법체계에 중요한 역할을 하고 있다고 할 것이다.<sup>515)</sup>”

법원리를 활용한 정책적 결정의 타당성이 확보되면, 유사한 사안에서 법 논리의 전파와 확산이 일어난다. 대법원 81다558 판결(김양식장 공해소송 판결)이 선고된 1984년 이래, 현재에 이르기까지 35년이 넘는 기간 환경 분야의 여러 후속 판결에서 법원은 공통된 법리를 활용함으로써 입증책임 완화는 공고한 판례 법리로 정립되었다<sup>516)</sup>. 이는 선례 구속주의가 현실에서 작동하는 예를 잘 보여준다 하겠다.

법원이 법원리에 기한 판단기준을 정립할 수 있도록 돕는 부수적 장치는 자유심증주의이다. 법원이 이처럼 논리를 축조하는 과정을 간략하게 도식화하면, 자유심증주의에 따라 과학적 인과관계와 규범적 인과관계를 구분한다. 그리고 규범적 인과관계의 조건을 사회적 수용이 가능한 합리적 수준으로<sup>517)</sup> 제시한다.

515) 김도균, 법적 이익형량의 구조와 정당화문제, 2007, p.39

516) 이러한 판례법의 확산 양상에 대한 분석은, 법관법의 규범적 위상에 관한 논의와도 이어진다. 보다 구체적으로는 법원 판결을 통해서 구축된 선례를 이해하는 방식, 선례의 추정적 구속력 여부에 관한 논의를 통하여 법원 결정에 동원되는 법적 사고 과정에 대한 한층 면밀한 분석이 가능하다. 법관법의 법원성과 선례의 추정적 구속력을 인정하는 Fikentscher의 연구처럼 법원 판결에 법원(法源)으로서의 위상을 부여하는 입장도 있는 반면, 법관법은 ‘법원’이 아니라 ‘법인식원’으로서 기능한다는 Esser와 같은 입장도 있다. 또한 법질서의 기능적 완전성을 주장하지만 선례의 규범적 지위를 부정하는 Muller의 연구도 존재한다.

517) 신개연성설의 배출-도달-피해와 같은 기준

물론, 자유 심증주의가 결코 법관의 자의적 판단을 의미하지는 않으며, 증거에 대한 법관의 판단은 논리와 경험법칙에 합치해야 하므로 증거의 증명력을 법관의 자유판단에 의하도록 한 것은 그것이 실체적 진실발견에 적합하기 때문이지 법관의 자의적인 판단을 인용한다는 것은 아니므로<sup>518)</sup>, 인과관계 유무에 대한 법원의 판단에는 논리적 근거가 필요하다. 증명은 합리적 의심(reasonable doubt)을 차단할 수 있는 객관적 개연성과 주관적 확신이 필요하다(이동진, 2013)<sup>519)</sup>. 인과관계는 ‘고도의 개연성이 존재한다는 법관의 확신’을 형성하는 수준으로 입증되어야 하기 때문에 증명력의 수준이 문제가 된다<sup>520)</sup>.

그러나 법원은 법적 사건에 있어서의 인과관계는 ‘규범적’ 차원의 인과관계이기 때문에 ‘과학적’ 인과관계와는 차별화됨을 강조하고 있으며, 이러한 차이의 강조는 과학적 인과관계 추적이 어려운 환경 분야에서 특히

518) 대법원 2007.5.10 선고, 2007도1950 판결

: 증거판단에 관한 전권을 가지고 있는 사실심 법원은 사실인정에 있어 공판절차에서 획득된 인식과 조사된 증거를 남김없이 고려하여야 한다. 그리고 증거의 증명력은 법관의 자유판단에 맡겨져 있으나 그 판단은 논리와 경험법칙에 합치하여야 하고, (...) 과학적 증거방법은 그 전제로 하는 사실이 모두 진실임이 입증되고 그 추론의 방법이 과학적으로 정당하여 오류의 가능성이 전무하거나 무시할 정도로 극소한 것으로 인정되는 경우에는 법관이 사실인정을 함에 있어 상당한 정도로 구속력을 가지므로, 비록 사실의 인정이 사실심의 전권이라 하더라도 아무런 합리적 근거 없이 함부로 이를 배척하는 것은 자유심증주의의 한계를 벗어나는 것으로서 허용될 수 없다

519) "증명책임 배분의 실질적 근거로 들어지는 요소 중 다수, 즉, ① 개연성(당해 사태가 존재할 개연성이 높은지 그렇지 아닐 개연성이 높은지), ② 증명가능성(甲이 존재를 증명하는 것과 乙이 그 부존재를 증명하는 것 중 무엇이 더 용이한지), ③ 예상되는 소 제기 건수 등은 대체로 이러한 유인효과와 관계되어 있다. 보다 개연성이 낮은 사태를 주장하는 사람이, 그리고 보다 적은 비용으로 증거를 제출할 수 있는 사람이 증명책임을 부담할 때에 당사자의 증명비용의 합이 낮아지고, "신속하며 경제적"인 소송(민사소송법 제1조)이 가능해진다. 그 이외에 권리자에게 높은 수준의 증명책임을 지우면 권리가 있어도 굳이 소를 제기하여 관철하지는 아니하는 예가 생기고, 낮은 수준의 증명책임을 지우면 사실은 권리가 없음에도 소를 제기할(濫訴) 위험이 생긴다. 이때 증명책임을 배분은 이들 중 어떤 위험을 감수할 것인지에 대한 법정정책적 결단을 포함하게 된다."

520) "법관은 재판을 하여야 하므로, 법관은 자신의 사고실험 내지 추체험의 결과에 의존할 수밖에 없다. 증명은 객관적 개연성에 의하여 뒷받침되는, 그러나 어디까지나 주관적인 확신인 것이다." (이동진, 2013, p. 174)

두드러진다. 이러한 이유로 1970년대부터 환경 분야에서는 해당 분야의 '특수성'을 강조하며 인과관계에 관한 고유한 판례가 형성·축적되기 시작하였다<sup>521)</sup>. 공해로 인한 손해배상청구소송에 있어서 가해행위와 손해 발생 사이의 인과관계의 입증의 정도를 여타 사건과 달리 완화하는 판결들이 생성되었다.

70년대 이후 일련의 과도기<sup>522)</sup>를 거쳐, 법원은 '개연성(蓋然性) 이론'을 활용한 판결을 내린다. 대법원이 개연성 이론을 수용한 이유는, “무릇 불법행위로 인한 손해배상에 있어서 불법행위의 성립요건으로서의 인과관계는 현실로 발생한 손해를 누구에게 배상책임을 지울 것인가를 가리기

---

521) 개연성(蓋然性) 이론은 일본 토쿠모토 켄 교수가 광해로 인한 손해배상 청구과정에서 주창한 이론이다. 개연성 이론의 주요 골자는 공해소송에서 피해자는 일반 불법행위소송에서와 같이 인과관계의 엄격한 증명을 요하지 않고 개연성, 즉 상당한 정도의 가능성만 입증하면 되며 가해자가 배상책임을 면하려면 그 인과관계가 존재하지 아니함을 반증하지 않으면 안 된다는 것이며, 법리적 구성을 분석할 때, 증거의 우월설 내지 사실상 추정설과 밀접한 관련이 있다.

이러한 개연성 이론을 보다 발전시켜 등장한 신개연성이론은 인과관계의 존재를 유형화한다. 몇 개의 주요사실을 간접증명에 의하여 입증하면 나머지 사실은 일응의 추정에 의하여 추인하고, 가해자측에서 피해자가 한 간접사실의 증명을 반증하거나 다른 간접사실을 입증(간접반증)하지 않으면 안 된다는 이론이다. 신개연성설 이론에 따른 인과관계의 구성은 아와지 다케히사 교수 등이 주창하였는데 그 주요 내용은 다음과 같다. ①원인물질 혹은 기전(mechanism)의 존재, ②가해기업의 원인물질 생성, 배출, ③원인물질이 피해자 또는 피해지역 도달. 위의 3가지 중 2가지 사실을 간접사실에 의해 증명하는 경우 가해자측에서 다른 간접사실을 증명하여 인과관계를 부정하지 않는 한 인과관계를 인정하여야 한다는 이론이다. 다케히사 교수도 인과관계는 단일 사실이 아니라 복수의 사실이 결합된 것으로서, 특정 물질이 외부로 유출되고 매체를 통한 확산과, 피해자 및 피해지역에 도달로 인하여 손해가 발생하게 되었다면 이 과정을 전부 입증하여야 하는 것이 아니고 약간의 추정에 의하여 특정물질의 발생 다른 증명주체나 경험칙만으로 인과관계 존재가 추정된다고 한다. 피고가 특별한 사정에 의해 그와 같은 경험칙이 적용되지 않는다고 주장하기 위해서는 그 특별한 사정의 존재를 간접반증해 한다.

522) 우리나라에서도 1970년대 일본의 개연성설이 도입되기 시작하였다. 대법원이 처음부터 개연성설을 인정하였던 것은 아니다. 우리나라 법원의 입장은 한 때 표류하였는데, 1973년 11월 27일 대법원 판결이 선고된 73다 919 사건에서 대법원은 인삼 고사(枯死)에 대한 손해배상청구에 대하여 개연성설에 의거해 피고의 손해배상 의무를 인정한 원심 판결을 파기하였다. 일반불법행위의 입증책임과 다른 증명책임 법리를 구성할 필요성을 인정하기 어렵다는 이유에서였다. 하지만 1974년 12월 10일 선고된 한국전력 손해배상 사건 판결에서는 대법원은 개연성 이론을 활용한 판결을 내린다.

위한 개념이므로 자연과학의 분야에서 말하는 인과관계가 아니라 법관의 자유심증에 터 잡아 얻어지는 확신에 의하여 인정되는 인과관계”를 말한다는 이유였다. 대법원은 “침해행위와 손해와의 사이에 인과관계가 존재하는 상당정도의 가능성이 있다는 입증을 함으로써” 충분하다는 입장을 취하기 시작했다.

법원은 이후 1984년 선고한 대법원 81다558 판결<sup>523)</sup>에서 간접반증에 따라 김양식장의 피해에 대한 인과관계를 인정하였다. 법원은 “가해기업이 배출한 유해한 원인물질이 피해물건에 도달해 손해가 발생하였다면 가해자 측에서 그 무해함을 입증하지 못하는 한 책임을 면할 수 없다”라고 판시하였다. 해당 판결 이후 환경 분야의 인과관계 증명은 개연성을 입증하는 것으로 충분하다는 완화된 인과관계 입증 기준을 일관되게 견지하고 있다.

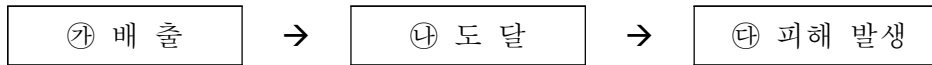
일련의 환경오염 소송에서 법원은 과학적·기술적 복잡성이 존재하는 환경 분야의 특수성 및 소송 당사자 간 존재하는 실질적 불균형을 고려하여, 다음과 같이 ‘㉠배출-㉡도달-㉢피해’의 세 가지 요건 사실의 증명

523) 대법원 1984.6.12, 선고, 81다588 판결(김양식장 판결)

가. 일반적으로 불법행위로 인한 손해배상청구사건에 있어서 가해행위와 손해발생간의 인과관계의 입증책임은 청구자인 피해자가 부담하나, 수질오탁으로 인한 이 사건과 같은 공해로 인한 손해배상청구 소송에 있어서는 기업이 배출한 원인물질이 물을 매체로 간접적으로 손해를 끼치는 수가 많고 공해문제에 관하여는 현재의 과학수준으로 해명할 수 없는 분야가 있기 때문에 가해행위와 손해발생 간의 인과관계의 고리를 모두 자연과학적으로 증명하는 것은 곤란 내지 불가능한 경우가 대부분이므로 피해자에게 사실적 인과관계의 존재에 관한 엄밀한 과학적 증명을 요구함은 공해의 사법적 구제의 사실상 거부가 될 우려가 있는 반면에 가해기업은 기술적 경제적으로 피해자 보다 원인조사가 훨씬 용이할 뿐 아니라 그 원인을 은폐할 염려가 있어, 가해기업이 배출한 어떤 유해한 원인물질이 피해물건에 도달하여 손해가 발생하였다면 가해자측에서 그 무해함을 입증하지 못하는 한 책임을 면할 수 없다고 봄이 사회형평의 관념에 적합하다.

나. 수질오탁으로 인한 공해소송인 이 사건에서 (1)피고공장에서 김의 생육에 악영향을 줄 수 있는 폐수가 배출되고 (2)그 폐수중 일부가 유류를 통하여 이 사건 김양식장에 도달하였으며 (3)그 후 김에 피해가 있었다는 사실이 각 모순없이 증명된 이상 피고공장의 폐수배출과 양식 김에 병해가 발생함으로 말미암은 손해간의 인과관계가 일응 증명되었다고 할 것이므로, 피고가 (1)피고 공장폐수 중에는 김의 생육에 악영향을 끼칠 수 있는 원인물질이 들어 있지 않으며 (2)원인물질이 들어 있다 하더라도 그 해수혼합율이 안전농도 범위내에 속한다는 사실을 반증을 들어 인과관계를 부정하지 못하는 한 그 불이익은 피고에게 돌려야 마땅할 것이다.

으로 구성된 입증기준을 실시한다<sup>524)</sup>.



81다558 판결 이후의 결정들은 사소한 표현 차이만 있지 동일한 법리를 적용해 문제를 판단하고 있다. 대법원 89다카1275 판결(아황산가스 사건), 대법원 95다2692 판결(농어양식장 사건), 대법원 2009다84608,84615,84622,84639 판결(수도권 매립지 사건), 대법원 2000다65666 판결 요지(김양식장 사건) 공해소송에서의 인과관계 판단에 있어서 같은 논리가 활용되었다<sup>525)</sup>.

법원이 입증책임을 완화하는 특수법리를 형성한 이유는 정책적인 고려 때문이다. 법원이 정책적 견지에서 특수법리를 형성하고 활용한다는 사실은, 판결문의 요지에 정책적 요소별로 실시되어 있다. 법원은, ①전통적인 불법행위 증명책임 배분에 따르는 경우 '사법적 구제를 거부하는 결과'가 초래될 우려 및 ②가해기업이 기술적·경제적으로 유리한 위치에 있기 때문에 소송 당사자 간의 지위가 실질적으로 평등하지 않다는 점, 그리고 ③이러한 사항들을 종합적으로 고려하였을 때 '사회 형평의 관념'

524) 수질오탁으로 인한 공해소송인 이 사건에서 ①피고공장에서 김의 생육에 악영향을 줄 수 있는 폐수가 배출되고 ②그 폐수 중 일부가 유류를 통하여 이 사건 김양식장에 도달하였으며 ③그 후 김에 피해가 있었다는 사실이 각 모순 없이 증명된 이상 피고공장의 폐수배출과 양식 김에 병해가 발생함으로 말미암은 손해 간의 인과관계가 일응 증명되었다고 할 것이므로, 피고가 ①피고 공장폐수 중에는 김의 생육에 악영향을 끼칠 수 있는 원인물질이 들어 있지 않으며, ②원인물질이 들어 있다 하더라도 그 해수혼합율이 안전농도 범위 내에 속한다는 사실을 반증을 들어 인과관계를 부정하지 못하는 한 그 불이익은 피고에게 돌려야 마땅할 것이다.

525) 가해기업이 유해물질을 배출하고 그것이 피해자 측에 도달해 손해가 발생하였다면 가해기업이 반증하지 않는 한 인과관계를 추정하는 법리는 대법원 2004.11.26 선고 2003다2123을 비롯한 여러 판결에서 반복된다. 이는 환경오염 손해배상청구 사건에서 법원은 환경오염 사건의 특수성 및 기업과 피해자 간의 기술적·경제적 실질적 격차를 고려하여 원고 측의 입증부담을 완화시키고 있다. 이러한 입증부담 완화 법리를 통해서 법원은 환경오염 사건에 대한 사법적 구제 기회를 부여하고, 소송 당사자 간 무기의 대등을 그 정책적 효과로서 도모하고 있다.

에 적합하기 위해서는 신개연성설에 따른 완화된 수준의 입증만으로도 인과관계의 증명이 충분하다고 보고, 그에 대한 반증책임은 피고 기업에게 있다고 판시한다. 즉, 일련의 공해소송 판결에서 법원이 정책적 논거를 활용하여 결정을 내린다는 것이다. 이는 법원이 피해자의 권리 구제를 수월하게 돕기 위한 정책적 견지의 논변을 구성하였다고 평가된다.

이처럼 법원은 공해소송의 구체적 사안을 판단하면서 일정조건을 충족하면 인과관계를 추정하고 이의가 있는 자는 반증(反證)을 통해 추정을 깨트릴 수 있다는 인과관계 추정 법리를 통해 증명책임 배분에 관한 새로운 법리를 발달시켰고, 이는 상당 기간 지속된 공고화 과정을 거쳐 실질적 규범으로 작용하고 있다. 이는 판단의 집적과 지속적 재평가를 통한 규범 형성을 보여주는 대표적 예이다.

## 2. 선례로서의 정립과 법리 세분화

물론, 특정한 법원리를 활용한 정책적 결정이 도출되었다고 하여서 모든 결정이 선례로 정립되는 것은 아니다. 판결을 하는 법원은 논증을 거치며 해당 논증의 과정에서 참고할 선례가 무엇인지를 어떻게 판단하는가 하는 단계가 남아있기 때문이다.

이에 관해서 아이젠버그(Eisenberg)는 판결을 내리는 법원은 선례의 법리를 ‘해석’하는 것이 아니라 선례의 법리를 ‘정립(establishing the rule of a precedent)’<sup>526)</sup>한다고 보는 것이 타당하다고 정리하고 있다.<sup>527)</sup>

---

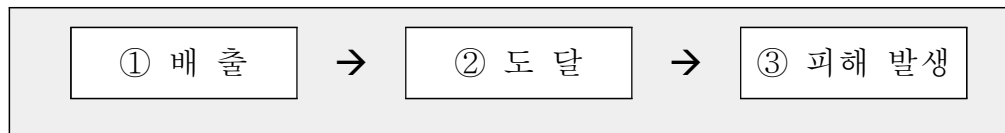
526) Eisenberg, Melvin Aron, The Nature of the Common Law

“판결 법원은 선례의 법리를 재구성하는 경우에도 보통 선례 판결을 내린 법원도 그렇게 하였을 것이라고 생각되는 방향으로 판결을 한다. 그러나 판결 법원은 선례에서 선언한 법리의 문언을 재구성하거나 근본적으로 개조하기도 하고, 선례가 어떠한 법리를 지지하는 것인지를 결정함에 있어서 선례 법원의 의도뿐만 아니라 선례에 관한 전문적인 논의 및 해당 선례가 선고된 이후의 사회적 및 법리적 명제의 변화를 검토하여, 어떠한 변화가 가장 사회와 합치되고 체계적으로 일관되는지 등을 고려한다. 따라서 판결 법원이 선례의 법리를 ‘해석’하는 것이 아니라 ‘정립’하는 것이라고 말하는 것이 옳다.”

527) 선례로서의 효과(precedential effects)를 부여하기 위해서는 정립이 필수적이라는 아이젠버그는 선례를 정립하는 유형을 구분하여 최소주의(minimalist) 접근법,

입증책임에 관한 특수 법리는 내적 세분화를 통한 고유 법리를 형성한다. 앞서 살펴본 환경오염으로 인한 손해배상을 청구한 사건에서 피해자의 주장이 인정된 경우는 대부분 재산피해 사안들이다. 피해가 발생한 대상이 인간의 신체인 경우에는 인체에 질병을 일으키는 요인이 다양하고 복합적이라는 이유 때문에 손해배상책임의 성립에 관한 인과관계의 인정 문제가 더욱 어려워진다.

물론 인과관계 존부 판단에 있어서 법원이 상기 확인한 '배출-도달-피해'라는 세 가지 요건을 활용한다는 점은 재산피해나 신체피해 양자 모두 동일하다. 예컨대, 망우동 연탄공장 인근 주민의 진폐증 손해배상청구에 관한 서울지법 88가합2897 판결<sup>528)</sup>에서 법원의 논증 구조를 간명하게 정리하면 다음과 같다



결론중시(result oriented) 접근법, 선언적(announcement) 접근법 세 가지 유형으로 분류한다. 최소주의 접근법에 따르면, 선례의 법리는 선례 법원이 선언한 법리 중 판결을 하는 데 필수적인 부분이다. 결론중시 접근법에 따르면, 선례의 법리는 그 선례의 사실관계로부터 선례의 결론에 도달하기 위해 법원이 취하여야 하는 입장이다. 선언적 접근법에 따르면, 선례의 법리는 법원이 다루는 분쟁의 쟁점에 관하여 법원이 언급한 법리 그 자체이다. 선언적 접근법은 해당 법리를 법원이 선언하였다는 이유만으로 비중을 부여한다.

아이젠버그는 이 중 가장 많이 사용되는 통상적인 방법은 선언적 접근법이라고 말하면서, 법원은 선례에서 선언된 법리로부터 시작하는 방법으로 선례를 추론한다고 분석한다

"최소주의 접근법처럼 판결 법원이 선례가 선언한 법리를 선례 법원의 판결에 필수적인 최소한의 것으로 한정하는 것은 드물며, 결론중시 접근법처럼 판결 법원이 선례의 사실관계 및 결론으로부터 이끌어낸 법리를 우선하여 선례가 선언한 법리를 무시하는 것은 더욱 드물다. (...) 법원은 통상적으로 선언적 접근법처럼, 선례에서 선언된 법리로부터 시작하는 방법으로 선례로부터의 추론을 하고 있다. 순수장래효적 판례 변경을 시도한 판결의 법리를 존중하는 것은 선언적 접근법에 의해 선례의 법리를 정립하는 것의 대표적인 예이다."

528) [서울지방법원 1989년 1월 12일 선고, 88가합2897 판결]

원고 : 박○래 (서울 상봉동 연탄공장 부근 거주민, 진폐증 발병)

피고 : 저탄장 및 연탄제조 공장을 운영하는 강원산업주

판결 : 피고는 재산상 손해(500만원)와 위자료(500만원)를 합한 1,000만원 및 그 지연손해금을 원고에게 지급하라는 원고승소 판결 선고



- ① 피고의 연탄공장에서 석탄분진이 생성·배출되고<sup>529)</sup>
- ② 석탄분진 중 일부가 원고 거주지에 확산·도달되었으며<sup>530)</sup>
- ③ 그 이후 원고에게 진폐증(탄분침착증) 발병 피해가 발생<sup>531)</sup>

법원은 "대기오염으로 인한 공해소송에 있어서는 가해자의 공장에서 대기에 악영향을 줄 수 있는 석탄분진이 생성·배출되고, 그 석탄분진 중 일부가 대기를 통하여 피해자의 거주지 등에 확산·도달되었으며, 그 후 피해자에게 진폐증의 발병이라는 피해가 있었다는 사실이 모순 없이 증명된다면 위 석탄분진의 배출이 피해자가 진폐증에 이환된 원인이 되었을 개연성이 있음은 일응 입증되었다고 보아야 할 것이고, 이러한 사정 아래에서는 가해자가 그 공장에서의 분진 속에는 피해발생의 원인물질이 들어 있지 아니하며 원인물질이 들어 있다 하더라도 그 혼합율이 피해발생에는 영향을 미치지 아니한다는 사실을 반증을 들어 증명하지 못하는 이상 그 불이익은 가해자에게 돌려 그 분진배출과 피해자의 진폐증 이환 사이에 원인관계의 증명이 있다고 보아야 마땅"하다는 결정을 내렸다.

그런데 이 판결은 환경성 신체피해 손해배상청구 사건에서 희소성이 높은 판결이다. 환경피해 중 신체피해로 승소한 판결을 찾기 어려운 까닭이다. 손해배상을 청구하는 대상이 재산피해인가, 신체피해인가에 따라서 법원의 논증은 달라진다. 재산피해의 경우에는 '배출-도달-피해'라는 요건만 증명이 되면 인과관계 성립을 인정하지만, 신체피해의 경우에는

529) 산업안전보건법에 따른 석탄분진 배출허용농도는  $5\text{mg}/\text{Sm}^3$ 이고, 환경보전법에 따른 석탄제품 제조시설 및 저장시설 분진배출허용기준  $2\text{mg}/\text{Sm}^3$ 인데, 피고 공장의 비산분진 배출량은  $1.5\text{mg}/\text{Sm}^3 \sim 2.9\text{mg}/\text{Sm}^3$ (서울시 검사결과)로서, 산업안전보건법에 다른 기준에는 미달하였으나 환경보전법에 따른 기준은 상회하는 수치였다.

530) 피고 공장과 원고 거주지의 거리는 수백 미터 떨어져 있어 경험칙상 공장에서 분출되는 석탄분진이 원고의 거주지까지 확산 가능

531) 원고는 진폐증 발병할 특별한 직업력이 없는 사람으로서(음식점 및 양장점 등 경영) 상봉동 이주('79) 전에는 기관지염 등 호흡기질환을 가볍게 앓은 적은 있었으나 특별히 아픈 곳이 없었고 '83년 발병해서 여러 병원을 전전하며 치료를 계속하다 '86년 진폐증 판정을 받음

특이성 질환과 비특이성 질환으로 양분하여 특이성 질환은 재산피해와 마찬가지로 입증을 하면 인과관계를 인정하나 비특이성 질환은 2단계의 인과관계 증명이 필요하다고 결정한다. 연탄공장 판결에서 법원이 배출-도달-피해라는 기준에 의해서만 인과관계 존부를 확인한 것은 사안에서 문제가 된 질병이 진폐증, 특정 병인에 의하여 발생하고 원인과 결과가 명확히 대응하는 '특이성 질환'이라서 가능하였다. 원인과 결과의 1:1 매칭이 가능한 '특이성 질환'의 경우에는 '배출-도달-피해발생'이라는 세 가지 요건을 구비하면 개별적 인과관계 개연성을 인정받아 피해자의 손해배상청구가 수용된다.

이와 달리, '특이성 질환'이 아닌 '비특이성 질환<sup>532)</sup>'의 경우, 법원이 분쟁 사건을 판단함에 있어서는 2단계의 관문을 거칠 것을 요구한다. 1차적으로는, 집단적인 차원의 '역학적' 인과관계를 증명해야 하고, 집단적·역학적 인과관계가 증명되면 피해를 주장하는 개인마다 추가적인 입증을 하는 '개별적' 인과관계를 증명해야 한다. 비특이성 질환<sup>533)</sup>은, "그 발생원인 및 기전이 복잡다기하고, 유전·체질 등의 선천적 요인, 음주, 흡연, 연령, 식생활습관, 직업적·환경적 요인 등 후천적 요인이 복합적으로 작용하여 발생하는 질환<sup>534)</sup>"으로서, 법원은 비특이성 질환의 경우에는 특정 위험인자와 비특이성 질환 사이에 역학적 상관관계가 인정된다 하더라도, 어느 개인이 그 위험인자에 노출되었다는 사실과 그 비특이성 질환에 걸렸다는 사실을 증명하는 것만으로 양자 사이의 인과관계를 인

532) 비특이성 질환의 정확한 보건의료적 개념은, 미국의 연방사법센터와 국가연구평의회가 공동으로 작성한 '과학적 증거 참조편람'에 등장하는 signature disease로 인정된다.

533) Hurtado v Purdue Pharma Co. 2005 NY 판결문에서, "비특이성 질환은 특정 물질에의 노출로 유발되는 고유한 관계가 확인되고, 그러한 물질에 노출되지 않은 사람들에게는 발병하는 경우가 드문 질병(signature diseases are those that are uniquely related to exposure to a certain substance and are rarely observed in individuals that are not exposed)라는" 설명이 등장하며, Taylor v. Airco, Inc. 494 F. Supp.2d 21, 2007 판결문에서도 signature disease 개념이 등장한다.

534) 대법원 2006다17539 판결, 2011다22092 판결, 2011다7437 판결

정할 만한 개연성이 증명되었다고 볼 수 없다.

비특이성 질환에 대한 손해배상 청구를 위해서는, 해당 개인이 위험인자에 노출된 시기와 노출 정도, 발병시기, 그 위험인자에 노출되기 전의 건강상태, 생활습관, 질병 상태의 변화 가족력 등을 추가로 증명해야 한다. 즉, 인과관계 '개연성'을 인정받기 위해서 단순한 통계적 자료 외에도 개별적인 추가자료 입증이 필요한 2단계 과정을 거쳐야 한다<sup>535)</sup>. 개별적 인과관계 증명을 위한 2단계 구조는 신체피해 사건의 특유한 논리로서, 재산피해와 같이 '배출-도달-피해'라는 입증만으로 인과관계 개연성을 인정받는 특이성 질환은 소수에 불과하며 대부분의 2단계 입증으로 인하여 신체피해 사건 대부분은 배상청구가 수용되지 않는다<sup>536)</sup>. 물론 공해소송의 효시가 되는 온산사건처럼 비특이성 신체피해를 호소하여 손해배상을 인정을 받은 경우도 있으나 해당 사건에서는 정신적 피해에 대한 위자료<sup>537)</sup>가 지급된 것이지 신체적인 질환을 정확하게 판단하여 손해를 인정한 사안은 아니었다.

그러나 중국적으로는 대법원에서 염소성 여드름을 제외한 고엽제 질환의 대부분이 비특이성 질환임을 이유로 입증의 불충분함으로 인하여 피해 및 배상청구권을 인정받지 못하였다. 우리나라 법원은 역학적 인과관

---

535) 그 위험인자에 노출된 집단과 노출되지 않은 ㉠다른 일반 집단을 대조하여 역학조사를 한 결과 그 위험인자에 노출된 집단에서 그 비특이성 질환에 걸린 비율이 그 위험인자에 노출되지 않은 집단에서 그 비특이성 질환에 걸린 비율을 상당히 초과한다는 점을 증명하고, 그 집단에 속한 ㉡개인이 위험인자에 노출된 시기와 노출 정도, 발병시기, 그 위험인자에 노출되기 전의 건강상태, 생활습관, 질병 상태 변화, 가족력 등을 추가로 증명하는 등으로 그 위험인자에 의하여 그 비특이성 질환이 유발되었을 개연성이 있다는 점을 증명하여야 한다(대법원 2006다17539 판결; 2011다22092; 2011다7437 판결).

536) 이러한 1차 관문과 2차 관문의 존재는 일견 합리적으로 보일 수도 있으나 2차 관문을 통과하는 비특이성 질환이 극히 드물다는 것, 그리고 '역학조사' 자료의 현출이라는 1차 관문의 통과도 제도적으로 보증되어 있지 않게 때문에 기초적인 자료를 쉽게 제시할 수 있지 않다는 점에서 정책적 개선점을 함께 고민해볼 필요가 있다.

537) 제1심 재판부인 부산지방법원 울산지원은 1988년 12월 29일 피고들은 공동으로 인체피해 위자료 7,700만원과 농작물피해보상금 2억3천만원 등 모두 3억7백만원을 원고들에게 지급하라는 판결을 내렸는데, 이는 신체피해에 대하여 위자료를 지급하게 한 우리나라 최초의 판결에 해당한다.

계를 개별적 인과관계가 존재할 수 있는 '확률적·통계적 가능성'으로 이해하여, 인과관계를 추정할 만한 충분한 개연성을 갖기 위해서는 다른 사실들과 결합되어야 한다면서 베트남戰 고엽제 손해배상청구 사건에서 "어느 위험인자와 어느 질병 사이에 역학적으로 상관관계가 있다고 인정된다 하더라도 그로부터 그 집단에 속한 개인이 걸린 질병의 원인이 무엇인지가 판명되는 것은 아니"라고 판시하였다<sup>538)</sup>.

법원은 신체피해 인정에 있어서, - 해당 피해의 원인이 공해이건 제조물<sup>539)</sup>이건 간에 - 비특이성 질환은 2단계 증명을 할 것을 요구한다. 역학적 인과관계를 인정받았다 하더라도, 손해배상을 위해서는 개인적 차원의 구체적·개별적 인과관계 성립을 추가로 증명해야 한다는 2단계 입증 논리에 대해서는 의료계의 공식적 비판이 제기된 바 있다<sup>540)</sup>. 대한예방의학회·한국역학회는 'Hill의 인과성 판단 고려요소<sup>541)</sup>'에 따라서 법원이 1차적·선행적이라고 판단하는 역학적 인과관계 자료를 활용하여서도 충분히 개별적 인과관계 성립을 논할 수 있다고 비판한다. 하지만 인과관계 판단에 관한 가장 기초적인 논리, - 법원이 내리는 인과관계 판단은 자연과학적인 것이 아니라 규범적인 것이라는 논리 - 에 따라서

538) 대법원 2013.7.12. 선고, 2006다17539 판결

: 역학(疫學)이란 집단현상으로서의 질병의 발생, 분포, 소멸 등과 이에 미치는 영향을 분석하여 여러 자연적·사회적 요인과의 상관관계를 통계적 방법으로 규명하고 그에 의하여 질병의 발생을 방지·감소시키는 방법을 발견하려는 학문이다. 역학은 집단현상으로서의 질병에 관한 원인을 조사하여 규명하는 것이고 그 집단에 소속된 개인이 걸린 질병의 원인을 판명하는 것이 아니다. 따라서 어느 위험인자와 어느 질병 사이에 역학적으로 상관관계가 있다고 인정된다 하더라도 그로부터 그 집단에 속한 개인이 걸린 질병의 원인이 무엇인지가 판명되는 것은 아니고, 다만 어느 위험인자에 노출된 집단의 질병 발생률이 그 위험인자에 노출되지 않은 다른 일반 집단의 질병 발생률보다 높은 경우 그 높은 비율의 정도에 따라 그 집단에 속한 개인이 걸린 질병이 그 위험인자로 인하여 발생하였을 가능성이 얼마나 되는지를 추론할 수 있을 뿐이다

539) 베트남전 고엽제로 인한 각종 질환, 담배 흡연으로 인한 폐암 등

540) "흡연과 폐암의 인과성에 대한 의견", 대한예방의학회·한국역학회 담배와 폐암 소송 관련 특별위원회, 2015년 5월 13일

541) Hill's considerations for causation : 관련성의 강도(strength), 일관성(consistency), 특이성(specificity), 시간적 선후관계(temporality), 용량-반응관계(dose-response relationship), 생물학적 설명가능성(biological plausibility), 기존 지식과의 일치성(coherence), 실험적 입증(experiment), 유사성(analogy)

법원은 법적 인과관계를 달리 판단할 수 있고 지금까지 ‘비특이성 질환에 관한 2단계 입증’ 논리는 여전히 유효하다.

비특이성 질환에 관한 판례 법리는 소멸시효 사안 등 앞서 살펴본 판결들과 성격상 차이가 두드러진다. 법원의 법형성 작용이라는 점에서는 마찬가지이나, 여타 사안에서는 법원이 성문법을 그대로 적용하는 것이 가혹하다는 점을 들어 법 문언을 뛰어넘거나 규정 자체를 무력화시키는 판단을 하였던 반면, 비특이성 질환의 경우에는 인과관계 입증 법리의 내적 구체화와 변이를 통하여 고유한 세부 논리가 형성되었지만 이는 기존에 형성된 신개연성설(간접반증설)의 논리가 충분히 되지 못하는 적용 제외 영역(비특이성 질환)을 만드는 결과를 가져왔다. 사회적 형평의 법원리에서 비롯한 신개연성설의 법리에도 불구하고, 비특이성 질환에서는 일반적 인과관계의 입증 외에도 개별적 인과관계를 추가로 입증하라는 문턱을 법원이 다시 만든 것은 그 근간이 되는 ‘형평’의 관점에서 볼 때 비특이성 질환에 관해서는 입증부담을 차별화해야 할 필요가 있다는 또 한번의 정책적 판단이 적용해서이다. 이처럼 환경 분야에 있어서의 법원의 판단은 사안의 구체적 타당성에 따라 중층의 법리가 형성되고 누적·발전되었다<sup>542)</sup>.

비특이성 질환에 관한 법원의 판단은, 단순히 가해자(주로 기업)와 피해자(평범한 일반 개인) 간의 사회경제적 격차 등의 따져 권리구제 기회의 부여라는 점만을 고려한 것이 아니라, 과학적 불확실성 - 특히 보건 의료 분야에 있어서의 불확실성 - 에 어떻게 대응할지에 관한 법원의 숙고가 담긴 법원리를 활용한 정책적 결정으로 봄이 적합하다. 과학 기

---

542) 법원은 가부(可否)의 이분적 구도 하에서 규범적 판단을 내리게 되는데, 과학적 인과관계를 규범적 관점에서 판단할 때 직면하는 가장 큰 문제는 과학적 인과관계의 성격과 규범적 인과관계의 성격이 상이하다는 것이다. 환경보건 분야에서의 과학적 인과관계는 어떤 요인이 특정 결과에 어느 정도의 강도로 기여했는지를 설명하는 ‘연속적인(continuous) 관계’를 전제한다. 하지만 이를 법적 판단의 차원으로 끌어올 때는 인과관계가 유무를 이원적으로 분별하는 비연속적(discontinuous) 관계의 사고방식을 취하게 된다. 이러한 차이에서 오는 긴장관계를 풀기 위하여 법원은 환경보건 분야의 신체피해 인과관계를 설명함에 있어서 집단적 인과관계 확인 및 개별적 인과관계 추가 입증이라는 고유한 논리를 개발하여 활용하고 있다.

술이 계속 발달함에 따라 관련 지식과 정보에 대한 이해는 해당 분야 전문가들에게도 쉽지 않은 일이다. 그러나 분쟁 사안에 대한 해결책을 요청받는 법원은 과학적 불확실성에도 불구하고 명확한 판단을 내려야 한다. 다만 이러한 법원의 법원리를 활용한 정책적 결정이 사회적으로 바람직한 것인가에 관해서는 보다 진지한 검토가 요구된다 할 것이다<sup>543)</sup>.

### 3. 법원리의 실정법화

법원리는 대개의 경우 실정법화하는 모습을 보인다. Schauer에 의하면 보다 명확한 법규칙이 선호되는 이유는, 행위 결과에 대한 예측가능성(predictability)과 규범 집행의 효율성(efficiency) 때문이다<sup>544)</sup>. 이러한 위상의 차이를 가시적으로 관찰할 수 있는 것이 환경법 분야로서, 환경법의 지속가능발전 원칙, 사전배려 원칙, 오염원인자 원칙 등이 국제 환경 정책에서 국내법의 내용으로 편입되고 위상을 확보해가는 과정이다.

예컨대 환경 분야에서 어느 정도 공유된 지지를 획득하여 환경법의 원리로 정리하더라도 무방한, 지속가능발전 원칙, 사전배려(예방)의 원칙, 오염원인자책임의 원칙 등은 모두 국제환경 정책에서 출발하였으나, 내용에 대한 긍정적 검토와 확산을 통해서 환경법원리가 되었다고 볼 수 있다. 법정책이 ‘보편화 가능성’의 관점에서 진화하여 법원리의 위상을 얻게 된, ‘위상의 차이’라고 이해하고 있다.

다만, 이 연구에서 다룬 판결들은 주로 불법행위 보상, 그리고 그 중에서도 사회적 논의가 진행되고 있는 분야에 관한 내용들이다. 일례로 환경성 질환에 관한 판결들은 그에 관한 과학적·행정적 판단기준 역시

543) 조홍식, 리스크 법, 서울대학교 법학 제43권 제4호, p.44

“과학적 불확실성을 입증책임의 실패로 규정하고 그 논리적 결과로서 리스크를 침해와 구별되는 별개의 것으로 간주해버리는 것은, 해로운 효과가 긴 잠복기를 거쳐 나타나는 탈현대적 과학기술의 특징을 무시하는 것이고, 그 결과 리스크 피해자에게서 법적 보호를 받을 수 있는 자격을 박탈하는 것을 의미한다. 이에 사법체계 내에서 리스크에 대응할 수 있는 방법론을 개발할 필요성이 제기되는 것은 당연한 일이라 하겠다

544) Schauer, Thinking like a lawyer, p.193

아직 논란이 많다. 환경성 질환은 그 개념적 정의가 아직 정립되어 가고 있는 분야로서, 다양한 방법으로 정의되기 때문에 의학적 정의 이외에 정책적 판단에 따라서도 개념적 범주가 달라질 수 있다. 따라서 타 분야에 비해서 법원의 법원리를 활용한 정책적 결정이 용이하고 또한 기존 법체계 외적 논증에 대한 필요성이 높은 분야이기도 하다. 이러한 대상에 관한 판결을 두고 이루어진 법원의 법원리를 활용한 정책적 결정을 다루었기 때문에 법원이 마치 법원리를 활용한 정책적 결정을 주로 내리는 것으로 보일 수도 있으나, 이는 분야의 상대적 특수성에 기인한 면이 크다고 본다.

### 제3항 사법입법의 영향력

#### 1. 판례법의 재생산과 확산

법리의 전파와 확산은 유사한 문제 구조를 가진 다른 영역에서도 일어난다. 법원은 개별 특정 사안에서 보편적이고 일반적인 성격을 지닌 규범 기준을 추출해낸다. 선례의 검토를 통해 문제사안을 규율하는 법리를 확인하여 그를 구체적 사안에 접목한다.

이러한 유형의 논증은 유비추론 논증과 관련되어, 유비추론을 위해서는 공통된 일반원리를 추출하는 작업이 필요하다. 유사한 사안이라는 판단 전제 하에 법원 결정은 재생산 및 자기강화 메커니즘을 보이는 것이 관찰된다. 특히, 공해소송 판결과 비교할 때 최근 산업재해 판결 내용을 분석하면, 관련 법리가 더욱 강력한 형태로 정리되었음을 알 수 있다. 법원은 규범적 인과관계가 가지는 의미를 보다 확장하여 인과관계를 판단함에 있어서 단순히 증명 수준을 완화함에 그치는 것이 아니라, 산업재해보상보험 제도의 취지와 목적 역시도 산업재해 인과관계 판단의 요소로 삼아야 한다는 판시를 하고 있다. 단순히, "여러 사정을 고려하여 경험칙과 사회통념에 따라 합리적인 추론을 통하여 인과관계를 인정"할 수 있다는 것을 넘어서서, 법원은, "이해관계 조정 등의 필요성과 산업재해보상보험의 사회적 기능은 산업재해보상보험의 지급 여부에 결정적인 요건으로 작용하는 인과관계를 판단하는 과정에서 규범적으로 조화롭게 반영되어야" 한다고 판단한다.<sup>545)</sup>

---

545) 대법원 2017.8.29. 선고, 2015두3867 판결

: 첨단산업분야에서는 작업현장에서 생길 수 있는 이른바 '직업병'에 대한 경험적·이론적 연구결과가 없거나 상대적으로 부족한 경우가 많다. 첨단산업은 발전 속도가 매우 빨라 작업장에서 사용되는 화학물질이 빈번히 바뀌고 화학물질 그 자체나 작업방식이 영업비밀에 해당하는 경우도 많다. 이러한 경우 산업재해의 존부와 발생 원인을 사후적으로 찾아내기가 쉽지 않다.

사업장이 개별적인 화학물질의 사용에 관한 법령상 기준을 벗어나지 않더라도, 그것만으로 안전하다고 단정할 수도 없다. 작업현장에서 사용되는 각종 화학물질에서 유해한 부산물이 나오고 근로자가 이러한 화학물질 등에 복합적으로 노출되어 원



## 2. 유추를 통한 법정책적 결정의 확장

이러한 역동성은 근래 그간의 판례보다 전향적인 인과관계 판단을 보여주는 법원의 결정이 향후 선례적 지위를 인정받을 것인지를 관찰하며 확인 가능할 것이다. 유추(analogy)는 포섭(subsumption)과 달리 정책적 판단 요소를 내포하고 있다. 대상 간의 어떠한 점을 유사점으로 포착하고 그에 적용될 논리 구조를 적합한 내용과 수준으로 확장해야 하기 때문이다.

대법원은 2015두3867 판결에서, "연구결과가 충분하지 않아 발병원인으로 의심되는 요소들과 근로자의 질병 사이에 인과관계를 명확하게 규명하는 것이 현재의 의학과 자연과학 수준에서 곤란하더라도 그것만으로 인과관계를 쉽사리 부정할 수 없다"라는 입장을 보인다. 이는 비특이성 질환에 있어서 개별적 추가 입증을 요구한 2단계 증명 방식과는 다른 접근을 한 것으로 보인다.

흥미로운 사실은 화학제품에 노출된 피해자들이 제기한 베트남고엽제 손해배상청구 사건의 2심 서울고등법원에서는 재산피해와 같이 개연성설 논리를 활용하여 신체피해에 대한 손해배상청구권을 인정하였다는(서울고법 2002나32622 판결)<sup>546)</sup> 점이다. 서울고법은 "공해 기타 유해물질에의

---

인이 뚜렷하게 규명되지 않은 질병에 걸릴 위험이 있는데, 이러한 위험을 미리 방지할 정도로 법령상 규제 기준이 마련되지 못할 수 있기 때문이다. (...) 사회적 안전망의 사각지대에 대한 보호를 강화함과 동시에 규범적 차원에서 당사자들 사이의 이해관계를 조정하고 갈등을 해소할 필요가 있다. 산업재해보상보험제도는 무과실 책임을 전제로 한 것으로 기업 등 사업자의 과실 유무를 묻지 않고 산업재해에 대한 보상을 하되, 사회 전체가 비용을 부담하도록 한다. 산업사회가 원활하게 유지·발전하도록 하는 윤희유와 같은 이러한 기능은 첨단산업분야에서 더욱 중요한 의미를 갖는다. 첨단산업은 불확실한 위험을 감수해야 하는 상황에 부딪칠 수도 있는데, 그러한 위험을 대비하는 보험은 근로자의 희생을 보상하면서도 첨단산업의 발전을 장려하는 기능이 있기 때문이다. 위와 같은 이해관계 조정 등의 필요성과 산업재해보상보험의 사회적 기능은 산업재해보상보험의 지급 여부에 결정적인 요건으로 작용하는 인과관계를 판단하는 과정에서 규범적으로 조화롭게 반영되어야 한다.

546) 서울고법 2006.1.26. 선고, 2002나32622 판결

"임상의학이나 병리학적으로 TCDD가 인체의 건강에 영향을 미치는 작용 기전에 관

노출로 인한 손해배상청구소송, 즉 환경침해소송에서는 가해자로부터 특정 피해를 발생케 할 수 있는 유해물질이 생성·배출된 사실, 그 배출된 유해물질이 피해자에게 도달한 사실, 그 후 피해가 발생한 사실이 각 모순 없이 증명되면, 가해자의 유해물질 배출과 피해자의 손해 사이에 인과관계가 존재함이 일응 증명되었다고 할 것이므로, 가해자가 그 배출물에는 유해물질이 들어있지 않다거나 유해물질이 들어 있다 하더라도 그것이 안전농도 범위 내에 속한다는 사실을 증명하거나, 또는 그 피해가 전적으로 다른 원인에 의한 것임을 증명하여 인과관계를 부정하지 못하는 한 그 불이익은 가해자에게 돌려야 할 것이다”라고 판시하여 공해소송의 개연성 논리에 따른 입증책임 완화 법리를 활용하고 있다.

예컨대 ‘개연성’ 논리를 활용하여 인과관계 증명 수준을 일반적 민사사건에 비하여 완화하는 법원의 논리는, 비단 공해소송 분야 외에도 산업재해 분야에서도 관찰된다. 법원은 산업재해 분야에서의 인과관계는 ‘반드시 의학적, 자연과학적으로 명백히 입증하여야만 하는 것은 아니’라고 판시한다<sup>547)</sup>. 이는 선례의 발견과 그에 대한 구속이, 단순히 상급심 재판

---

하여 명확히 밝혀진 것이 거의 없고 그에 관한 인체 실험이 가능한 것도 아니므로, 역학적 방법에 의하여 그 일반적 인과관계를 입증할 수밖에 없다고 할 것이다. (...) 유해물질로 인한 질병 발생이 집단적 병리현상으로서 문제되고, 임상의학 또는 병리학적으로 당해 유해물질이 문제된 질병의 원인이 되는지 여부와 당해 유해물질로 인한 발병의 기전이 아직 명확히 밝혀지지 않았으며, 나아가 개개 피해자가 당해 유해물질에 노출되었는지 여부나 그 노출 정도를 입증할 과학적 방법조차 확립되지 않은 경우에는, 앞서 본 바와 같은 환경침해소송에서의 인과관계 입증에 관한 법리에 의하더라도 그 인과관계를 입증하기란 쉽지 않다고 할 것이다. 따라서 이러한 경우에는 인간을 집단적으로 관찰하여 당해 유해물질과 그 질병 발생 사이에 역학적으로 인과관계가 있음을 밝히고, 이러한 역학적 인과관계에 기초하여 개개 피해자에게 당해 유해물질이 도달한 후 당해 질병이 발생한 사실로부터 개개 피해자의 질병이 당해 유해물질의 노출로 인하여 발생하였을 상당한 개연성이 있다고 인정할 수 있고, 이로써 그 인과관계가 일응 증명되었다고 할 것이다”라고 판시하였다.

547) [대법원 2004.4.9. 선고, 2003두12530 판결]

: ‘업무상 재해’라 함은 근로자가 업무 수행 중 그 업무에 기인하여 발생한 재해를 말하는 것이므로, 업무와 재해발생 사이에 상당인과관계가 있어야 하고 이 경우 근로자의 업무와 질병 또는 위 질병에 따른 사망 간의 인과관계에 관하여는 이를 주장하는 측에서 입증하여야 하지만, 그 인과관계는 반드시 의학적, 자연과학적으로 명백히 입증하여야만 하는 것은 아니고, 근로자의 취업 당시 건강상태, 질병의 원인, 작업장에 발병원인물질이 있었는지 여부, 발병원인물질이 있는 작업장에서의 근무기간 등 제반 사정을 고려할 때 업무와 질병 또는 그에 따른 사망 사이에 상당인과관계가 있다고

의 기속력<sup>548)</sup>에 의한 상하 위계적 질서만을 아님을 보여 준다. 다만, 선례가 법적 결정의 전거로 활용되기 위해서는 현행 사건과 선례와의 실질적인 사안 구조적 유사성이 먼저 밝혀져야 하는데, 판결은 두 영역 모두 사안 구조가 비슷한 형태임을 밝힌다. 이처럼 공해소송에서 형성된 법리가 산업재해 소송 분야에서 비슷하게 자리 잡는 것은, 판례법의 형성과 공고화, 확산 과정으로 볼 수 있을 것이다.

근래 내려진 2017두47878 판결은 ‘규범적 관점에서 상당인과관계가 있다고 인정되는 경우에는 증거가 있다고 보아야’ 한다고 판시하고 있다. 공무와 질병 사이에 상당인과관계가 있다고 추단할 수 있다면 증거가 있다고 보아야 한다는 입장을 밝히고 있다<sup>549)</sup>. 상당한 개연성을 요구하던 입장에서 더 나아가, 간접사실 또는 정황사실에 기한 합리적 추론에 따라서 인과관계 성립을 인정하고 있다.

---

추단되는 경우에도 입증이 있다고 보아야 할 것이고, 업무와 재해 사이의 상당인과관계의 유무는 보통 평균인이 아니라 당해 근로자의 건강과 신체조건을 기준으로 판단하여야 할 것이다.

[대법원 2008.1.31 선고, 2006두8204 판결]

: ‘업무상 재해’라 함은 근로자가 업무 수행 중 그 업무에 기인하여 발생한 재해를 말하는 것이므로, 업무와 재해발생 사이에 상당인과관계가 있어야 하고, 근로자의 업무와 질병 또는 위 질병에 따른 사망 간의 인과관계에 관하여는 이를 주장하는 측에서 입증하여야 하지만, 그 인과관계는 반드시 의학적, 자연과학적으로 명백히 입증하여야만 하는 것은 아니고, 근로자의 취업 당시 건강상태, 질병의 원인, 작업장에 발병원인 물질이 있었는지 여부, 발병원인물질이 있는 작업장에서의 근무기간 등 제반 사정을 고려할 때 업무와 질병 또는 그에 따른 사망 사이에 상당인과관계가 있다고 추단되는 경우에도 입증이 있다고 보아야 할 것이다.

548) 법원조직법 제8조(상급심 재판의 기속력) 상급법원 재판에서의 판단은 해당 사건에 관하여 하급심(下級審)을 기속(羈束)한다.

549) [대법원 2017. 9. 21. 선고, 2017두47878 판결]

“공무원연금법 제35조 제1항에 정한 공무원상요양비의 지급요건이 되는 ‘공무상 질병’은 공무수행 중 그 공무로 인하여 발생한 질병을 뜻하는 것이므로, 공무와 질병 발생 사이에 인과관계가 있어야 하고, 그 인과관계는 이를 주장하는 측에서 증명하여야 한다. 다만 그 인과관계는 반드시 의학적, 자연과학적으로 명백히 증명되어야 하는 것은 아니고, 규범적 관점에서 상당인과관계가 인정되는 경우에는 그 증거가 있다고 보아야 한다. 공무원이 공무집행과 관련하여 유해물질에 장기간 노출됨으로 인하여 질병에 걸렸다고 주장하는 경우 법원은 공무원으로 채용될 당시의 건강상태, 질병의 원인, 그 근무장소에 발병원인 물질이 있었는지 여부, 발병원인 물질이 있는 근무장소에서의 근무시간, 그 질병이 직무수행 환경 등의 공무상 원인이 아닌 다른 사유로 유발되었다고 볼 만한 사정이 있는지 여부 등 제반 사정을 고려할 때 공무와 질병 사이에 상당인과관계가 있다고 추단할 수 있다면 그 증거가 있다고 보아야 한다.”

이러한 2015두3867 및 2017두47878 판결의 입장과 비특이성 질환의 2단계 증명이 조화를 이루는 방식을 찾아야 할 것이다. 법원이 앞으로 보건 의료 분야에 있어서 어떠한 방향으로 정책적 판단을 내릴 것인지에 관해서 여러 가능성을 점쳐 볼 수 있을 것이나, 그러한 결정은 법원이 법체계 외적 논증을 통해서 내리는 결정이기 때문에, 정책적 필요성과 사회의 가치를 반영할 필요가 있다.

이러한 논증 과정에서 2015두3867 판결이 선례로 자리매김할 것인지, 그간 선례로 정립되고 반복·모사된 비특이성 질환의 2단계 입증 논리 판결이 유효할 것인지는 관찰의 대상이 될 것이다. 아이젠버그에 따르면 ①사회적 합의와 ②체계적 일관성 기준을 충족시키는 판결이 선례로서 계속 정립될 것이다<sup>550)</sup>. 법원리를 활용한 정책적 결정은 제정법보다 유연하게 변경 가능하다. 법원은 판례 변경의 정당화 논거로서<sup>551)</sup> 차별화 논리를 들어서 유사한 사안이 아님을 이유로 동일 법리를 적용하지 않는다.

그런데 2015두3867 판결문에서 두드러지는 또 다른 차이점은 기존의 판례에서 등장하는 ‘상당한 개연성’이라는 표현이 등장하지 않는다는 점이다. ‘여러 사정을 고려하여 경험칙과 사회통념에 따라 합리적인 추론을 통하여 인과관계를 인정’한다는 판시에서 상당한 개연성을 입증할 것을

550) 만약 선례가 사회적 합의 및 체계적 일관성 기준을 충족시키지 못하는 경우, 법원은 distinction, disintegration, decay 와 같은 이유로 선례를 적용하지 않는다고 주장한다.

551) 대법원 2009.7.23. 선고, 2009제다516 판결

: 구체적인 대법원의 재판에서 어떠한 표현으로 법의 해석에 관한 일정한 견해가 실시되어 있다고 하더라도, 그것이 진정으로 의미하는 바가 무엇인가, 즉 어떠한 내용으로 또는 어떠한 범위에서 장래 국민의 법생활 또는 법관을 비롯한 법률가의 법운용을 ‘구속’하는 효력, 즉 판례로서의 효력을 가져서 그 변경에 대법원 전원합의체의 판단이 요구되는가를 살피려면, 사람의 의사표현행위 일반에서와 마찬가지로, 그 설시의 문구에만 구애될 것이 아니라 당해 판결의 전체적인 법판단에 있어서 그 설시가 어떠한 위상을 가지는가에 유의하면서 또 다른 재판례들과의 관련을 고려하면서 면밀하게 따져보아야 한다. 특히, 판결은 1차적으로 개별적인 사건에 법적인 해결을 부여하는 것을 지향하는 것이고, 대법원 판결에서의 추상적·일반적 법명제의 설시도 기본적으로 당해 사건의 해결을 염두에 두고 행하여지므로, 그 설시의 위와 같은 ‘의미’는 당해 사건의 사안과의 관련에서 이해되어야 한다.

요구하지 않는다. 인과관계 존부를 정확하게 밝힐 수 없는 경우에도 ‘작업환경에 여러 유해물질이나 유해요소가 존재하는 경우 개별 유해요인들이 특정 질환의 발병이나 악화에 복합적·누적적으로 작용할 가능성을 간과해서는 안 된다’는 입장을 밝힘으로써 입증 요건을 기존보다 더 완화하는 태도를 보이고 있다. 이러한 법원의 결정은 해당 판결 이전에 산업안전보건연구원의 역학조사 및 한국산업안전공단 역학조사평가위원회가 인과관계 인정에 있어서 신중한 접근을 취한 것과는 대조적이다<sup>552)</sup>. 법원은 노출물질의 종류와 양에 대한 확인을 요구하지 않아, 개별적 인과관계를 충분히 입증하지 않고도 규범적 인과관계 성립을 인정하고 있다.

게다가 대법원은 판시 사항에서, ‘사업주의 협조 거부 또는 관련 행정청의 조사 거부나 지연 등으로 그 질환에 영향을 미칠 수 있는 직업 환경상 유해요소들의 종류와 노출 정도를 구체적으로 특정할 수 없었다는 등의 특별한 사정’이 있는 경우에는, 근로자에게 유리한 간접사실로 고려될 수 있다는 결정을 내리고 있다.

2015두3867 판결에서 주목해야 하는 점은, 판시 내용에 따른 결정 그 자체에도 있지만, 법원이 해당 결정을 도출함에 있어서 사용하는 논리이다. 법원은 해당 판결에서 인과관계 성립 여부를 판단함에 있어서, 산업재해보상 제도의 목적과 취지를 밝힘으로써 그에 부합하는 결정을 내리려고 하는 정책적 접근방식을 취한다.<sup>553)</sup> 산업재해보상보험제도의 ‘목적

---

552) 산업안전보건연구원이 2010년에 수행한 역학조사 결과보고서는, 원고의 작업조건과 업무내용은 충분히 신체적, 정신적으로 스트레스를 받을 만한 조건으로 판단되나, 현재 스트레스와 다발성 경화증에 대한 업무관련성을 판단할 만한 충분한 의학적 검토가 이루어지지 않은 상황에서 업무관련성이 높다고 단언하기에는 무리가 있다는 결론을 내렸다.

또한 한국산업안전공단 역학조사평가위원회는 산업안전보건연구원이 수행한 역학조사 결과를 평가함에 있어서, 11명 중 4명은 업무와 발병 간의 직접적 연관성이 높다고 보기는 어렵다는 결론을 내렸으며, 2명은 작업의 스트레스가 높기 때문에 사업장 환경을 개선할 필요가 있다는 결론을 내렸고, 5명은 업무가 다발성 경화증 자체를 발생시켰다고 볼 수는 없으나 기왕증이 발현하게 촉발하거나 악화시키는 역할을 할 수는 있다는 결론을 내렸다.

553) 산업재해보상보험제도는 작업장에서 발생할 수 있는 산업안전보건상의 위험을 사업주나 근로자 어느 일방에 전가하는 것이 아니라 공적(公的) 보험을 통해서 산업과 사회 전체가 이를 분담하고자 하는 목적을 가진다. 이 제도는 간접적으로

과 기능'에 착안하여 구체적 사건의 인과관계 존부를 판단하고 있는 것이다. 법원은 산업재해보상 제도의 사회적 기능이 '산업사회가 원활하게 유지·발전하도록 하는 윤택유와 같은 기능'이라고 정리하며, 인과관계 판단 과정에서 제도의 사회적 기능 역시 반영되어야 한다고 판시하고 있다. 그와 같은 정책적 맥락에서 법원은 산업재해보상은 '사회보장제도'로서 "사회적 안전망의 사각지대에 대한 보호를 강화함과 동시에 규범적 차원에서 당사자들 사이의 이해관계를 조정하고 갈등을 해소할 필요"가 있다는 이유로 작업환경 노출과 발병 사이의 인과관계를 인정한다.

이와 같이 법원이 정책적 접근을 통해 문제를 해결하려고 하는 경우, 법원리에 근거하여 특정 법리가 생성되면 이는 당초의 문제사안과 비슷한 속성을 가지는 영역으로 확장된다. 이 경우 법리 재생산과 확증에는 사실관계의 유사성도 중요한 이유가 되나, 해당 법리를 생성하게 되었던 정책적 요청의 유사성이 유의미한 역할을 한다. 환경 분야의 손해배상 청구 사건에서 인과관계를 완화하는 까닭이 되었던 법원리는, 사회적 형평성과 사법제도 접근성 부여라는 정책적 고려이다. 이는 산업재해보상 사건에 있어서도 사회적 안전망의 확충과 사각지대에 대한 보호의 강화라는 유사한 맥락에서 법리가 정립하는 이유가 되었다.

---

근로자의 열악한 작업환경이 개선되도록 하는 유인으로 작용하고, 궁극적으로 경제·산업 발전 과정에서 소외될 수 있는 근로자의 안전과 건강을 위한 최소한의 사회적 안전망을 제공함으로써 사회 전체의 갈등과 비용을 줄여 안정적으로 산업의 발전과 경제성장에 기여하고 있다. (...) 이러한 점을 감안하여 사회보장제도로 사회적 안전망의 사각지대에 대한 보호를 강화함과 동시에 규범적 차원에서 당사자들 사이의 이해관계를 조정하고 갈등을 해소할 필요가 있다.

### 3. 선행하는 사법부, 후행하는 입법부

이러한 법원의 판결에 따라 관련 환경법이 제정되는 등 오히려 사법부의 결정이 의회 입법에 영향력을 미치는 현상이 관찰되기도 한다. 환경 손해 입증책임 부담 문제의 경우, 법원은 이미 70년대부터 증명책임 완화 법리 등을 분쟁 사안에 적용하고 있었으나, 증명책임 완화 법리를 입법화한 「환경정책기본법」은 1990년 제정되어 1991년부터 시행되었다. 또한 1984년의 대법원 판결 이후 법원이 '사회형평'을 이유로 환경오염 분야에서의 인과관계 증명책임 배분 법리를 일반 불법행위 손해배상 사건과 달리 구성해오고 그 법리를 일관되게 적용해오고 있었으나, 인과관계 증명부담 경감에 관한 명문의 입법이 필요하다는 인식 하에 해당 내용을 법률에서 명문화한 「환경오염피해 배상책임 및 구제에 관한 법률」이 국회에서 제정되었다<sup>554)</sup>.

〈 그림 6-1 : 법정책결정의 형성과 확산 시간 〉

	'70	'80	'90	'00	'10	'15
무과실책임	<div style="background-color: #d9ead3; border: 1px solid black; padding: 5px; text-align: center;">법원의 판례법</div>					
인과관계 추정	<div style="background-color: #d9ead3; border: 1px solid black; padding: 5px; text-align: center;">법원의 판례법</div>					

554) 「환경오염피해 배상책임 및 구제에 관한 법률」 제9조(인과관계의 추정) ① 시설이 환경오염피해 발생의 원인을 제공한 것으로 볼 만한 상당한 개연성이 있는 때에는 그 시설로 인하여 환경오염피해가 발생한 것으로 추정한다.  
 ② 제1항에 따른 상당한 개연성이 있는지의 여부는 시설의 가동과정, 사용된 설비, 투입되거나 배출된 물질의 종류와 농도, 기상조건, 피해발생의 시간과 장소, 피해의 양상과 그 밖에 피해발생에 영향을 준 사정 등을 고려하여 판단한다.  
 ③ (下略)

국회가 제출한 「환경오염피해 배상책임 및 구제에 관한 법률」의 법률 제정이유서 및 검토보고서에는, 법원 판결에서 오랜 기간 확립된 법리이기 때문에 명문으로 입법함이 합당하다는 논지를 보인다. 법률 제정이유서에는 원인을 규명하는 입증부담으로 인하여 장기간 쟁송을 하는 등 많은 비용과 노력을 투입하는 문제를 해결하기 위하여 “무과실책임과 인과관계추정 법리를 실체규정으로 체계화” 한다고 하면서 판례 법리를 반영하여 명문화하고 있다.

「가습기살균제 피해구제를 위한 특별법」의 경우에도 제5조에서 ‘생명 또는 건강상의 피해가 독성 화학물질을 함유한 가습기살균제<sup>555)</sup>에 의한 것으로 볼 만한 상당한 개연성이 있는 때에는 해당 가습기살균제로 인하여 생명 또는 건강상의 피해가 발생한 것으로 추정하고 있다. 이러한 가습기살균제 피해구제 특별법(2017년 2월 제정)의 법문은 환경오염피해구제법(2014년 12월 제정)에서 많은 영향을 받은 것으로서, 법원의 결정이 환경오염피해구제법에서 입법 규범이 되자 이에 영향을 받은 후속 법규가 확대 생산되는 양상을 보이는 예라고 할 수 있다.

이처럼, 법원의 법원리를 활용한 정책적 결정을 의회에서 입법에 반영하는 경우 법원의 작업을 단순히 법의 흠결을 보완하고 공백을 메우는 작업이라고 평가하기는 어렵다. 법원 문을 두드린 분쟁 당사자들에게 문제사안에 적합한 ‘법적 결정’을 회답해야 하는 법관은 현행법을 토대로 유추, 목적론적 축소, 법원리의 구체화 등 법 형성 방법을 통해 사안에

---

555) ‘가습기살균제’ 사건은 화학제품으로 인한 피해이면서도 환경성 질환으로 인정 받은 사례이다. 독성 화학제품으로 인한 가습기살균제 피해를 환경부에서 대처하기 위하여 환경보건법의 ‘환경성질환’에 가습기살균제 피해가 추가되었고 이후 특별법이 제정되었다. 환경성질환의 개념과 정합성이 부족하다는 비판적 재론도 제기된다. 2013년 중반 이전까지 가습기살균제 문제는 보건복지부 및 산하의 질병관리본부에서 담당하던 문제였다. 하지만 국무회의에서 소관부처 조정 등을 거쳐 가습기살균제 문제가 환경부 소관의 문제로 재정의되었고, 2013년 하반기 환경부는 가습기살균제 문제에 대응할 법적 근거를 마련하기 위하여 시급하게 「환경보건법」 시행규칙을 개정하여 ‘환경성질환’의 목록에 가습기살균제로 발생한 피해를 추가하였다. 가습기살균제 대응 부처가 환경부로 지정됨에 따라 환경 분야에서 그간 다루어졌던 법적·정책적 논리가 가습기살균제 사건에도 적용되었으며 이는 입증책임 완화라는 쟁점에 있어서도 마찬가지였다.



적합한 적용 법규를 정립하여 문제사안에 대한 판단을 내린다. 이러한 수고로운 노작(勞作) 과정에서 적합한 법원리를 활용한 정책적 결정이 이루어지고 가치를 인정받아 선례로서 정립하는 자리매김을 하게 되면 논리적 설득력과 정책적 타당성을 이유로 입법에까지 영향을 미칠 수 있게 된다.

법원이 사회 체제에서 차지하는 있는 위상과 구조적 기능을 분석할 때, 법원이 통상 이해되는 것처럼 '법을 말하는 입'인 해석기관으로만 작용하는 것은 아니다. 물론, 하트가 설명하는 것처럼 법관에게 부여된 법 창조(law-creating)의 권한은 틈을 메우는(interstitial) 제한적인 것이지만<sup>556)</sup>, 법원 역시 의회와 함께 법의 실질적인 형성 기능을 - 헌법의 수권<sup>557)</sup> 구조 하에서 입법권이 부여된 의회와는 그 위상이 다르지만 - 수행하고 있음을 부정할 수 없다. 사회적 의사결정 방식의 과정이자 결과물로서 실질적 입법이 이루어진다는 점에서 사법 활동과 입법 활동은 공통된 속성을 공유한다. 판례법의 형성과 재생산, 전파·확산을 통해서 법리가 발전한다. 그렇기에 사법부가 입법부에 선행하는 법형성을 할 수 있는 것이다.

법원리가 정말로 법체계의 '내부'에서 존재하고 작동한다면, ㉠법원이 법형성 결정을 내릴 때 지목하는 법원리의 내용이 판결에서 등장하는 이상으로 보다 더욱 구체적 내연(內衍)을 보여주어야 할 것이며, 더욱이 ㉢법원리에 근거하여 산출된 판결의 내용에 따라 의회에서 법을 제·개정하는 현상이 일어나는 것을 설명하기 어렵다. 법원이 적합한 결정을 내리기 위하여 동원하는 법체계 내부의 자원이 소진되었을 때 외부의 자원,

---

556) Hart, the Concept of Law, p.273

"중요한 점은, 법이 규율하지 못하고 부분적으로 남겨 놓은 사안들을 규율하도록 법관에게 부여된 법창조(law-creating)의 권한은 입법부의 것과는 다르다는 점이다. 즉, 법관의 권한은 입법부라면 구애받지 않았을 많은 제약들에 의해 선택이 축소되며, 아울러 그러한 권한은 개별적인 당면 사안들을 처리하기 위해서만 행사되기 때문에 법관은 대규모의 개혁이나 새로운 규정을 도입하기 위해서 이를 행사할 수 없다. 그래서 법관의 권한은 틈을 메우는(interstitial) 것이며 여러 실질적인 제약에 구속된다."

557) 근대 주권국가적 관점에서 법의 효력은 법 공동체 구성원들의 동의(consensus populi)에서 기인하며 그를 통해 민주적 정당성이 부여된다는 것이다.

법외적(法外的) 내용을 논증에 활용하기 위하여 법원리를 거명하는 것이 아닌가를 이 지점에서 검토할 수 있다.

만약 법원리가 법원리가 법체계에 이미 내재(內在)한다면, 간혹 일어나는 의회의 ‘후행적 입법’에서 새로운 가치와 목표를 천명하는 것이 비논리적이기 때문이다. 이미 있는 가치를 왜 다시 천명하고 이미 존재하는 법을 왜 법체계의 구성요소로서 끌어들이려 하겠는가? 판례가 입법보다 선행하는 현상, 즉 판례 법리가 입법으로 이어진 경우에서 이러한 법원리를 활용한 정책적 결정의 파급력을 살펴볼 수 있다. 카도조(Cardozo)는 법관이 법의 흠결을 채우며(filling of gaps)<sup>558)</sup> 입법자의 역할을 수행한다고 보았는데, 현실의 법원리를 활용한 정책적 결정을 검토하면 법원은 틈새 입법 이상의 향도적 기능을 한다고 볼 수 있다.

다만, 이 연구에서 다룬 판결들은 주로 불법행위 보상, 그리고 그 중에서도 사회적 논의가 진행되고 있는 분야에 관한 내용들이다. 일례로 환경성 질환에 관한 판결들은 그에 관한 과학적·행정적 판단기준 역시 아직 논란이 많다. 환경성 질환은 그 개념적 정의가 아직 정립되어 가고 있는 분야로서, 다양한 방법으로 정의되기 때문에 의학적 정의 이외에 정책적 판단에 따라서도 개념적 범주가 달라질 수 있다. 따라서 타 분야에 비해서 법원의 법원리를 활용한 정책적 결정이 용이하고 또한 기존 법체계 외적 논증에 대한 필요성이 높은 분야이기도 하다. 이러한 대상에 관한 판결을 두고 이루어진 법원의 법원리를 활용한 정책적 결정을 다루었기 때문에 법원이 마치 법원리를 활용한 정책적 결정을 주로 내리는 것으로 보일 수도 있으나, 이는 분야의 상대적 특수성에 기인한 면이 크다고 본다.

---

558) Cardozo, Philosophy of Law, Part II, p.156, (1939)

## 제 2 절 법원리와 법체계의 환경적응

### 제1항 법체계의 환경적응

#### 1. 논증방식이 법체계에 미치는 영향

법적 논증은 법체계 내부의 실정법 자원을 활용하는 법해석 논증과 비단 그에 그치지 않고 외부의 예비규범 자원을 논증 과정에 함께 활용하는 법형성 논증으로 구분된다. ‘법체계-환경’에 대한 논의를 통해서 법해석 판결과 법형성 판결의 의의에 대한 접근이 수월해진다. 정책적 논거를 포함하는 법원의 법형성 판결이 법학적 관점에서 지니는 의의를 살펴보기 위해서, 법체계의 구성과 내용 변화에 관한 검토를 수반할 필요가 있다. 특히, 법원리가 사법입법(judicial law making)에 있어서 수행하는 ‘기능’의 의미를 충실히 서술하기 위하여 법체계에 관한 탐색이 필요하다.

법의 변화는 법원의 논리구성 방식과 직접적 연관을 맺고 있다. 법원의 논증 과정에 법원리가 등장하는 경우는 법체계 내부의 자원으로만 적합한 답을 얻기 곤란한 경우이다. 법원의 법형성 판결을 통해서 규범 창설적 결정이 산출되면 법체계 전반에 영향을 미치는 변화가 발생한다<sup>559)</sup>.

환경과 일정한 관계를 맺고 있는 법체계를 살피는 경우, 법해석 내지 법형성 판결과 법체계 단계양상(phase)이 가지는 연관성을 검토할 수 있다. 법체계의 양상을 관찰함으로써 법형성 판결에서 비롯하는 법규범의 변화 모습을 보다 잘 관찰할 수 있다. 법체계 내부에서 결정의 논거를

---

559) 사법부는 통상의 사안에서는 연역적 법해석(狹義)을 통해서 기존의 법리를 확대·재생산함으로써 법의 체계적 일관성과 전체적 통일성을 유지한다. 그러나 문제사안에 적합한 결정을 도출하기 위하여 일련의 논증과정에서 논리연역적 논증만으로 결론이 내려지지 않는 경우, 법원은 논증의 재료, 즉 논거를 법체계 내부의 법명제가 아니라 법체계 외부의 사회적 자원에서 찾는다.

찾는 법해석 논증은 법체계를 ‘유지’하는 안정화된 단계의 논증이며, 법체계 내부 법명제의 효력을 제어하거나 외부의 예비규범 자원을 활용하는 범형성 논증은 법체계의 실질적 구성에 변화를 가져오는 변화단계의 논증이다. 또한 이는 법원의 결정을 낱알의 분리된 판결로만 이해하는 것이 아니라, 법원의 활동이 법체계 전반적 양상에 미치는 영향에 관하여 관찰 가능하게 한다.

## 2. 현상유지적 논증과 변화유도적 논증

논증은 성문의 법률 문언에 충실하여 논리 연역적인 과정을 거치는 과정, 즉 법체계 내부의 자료를 활용하는 논증과, 그에 대비하여 성문법의 법률 문언을 뛰어넘거나 그를 일탈하여 법체계 외부의 자원을 활용하여 판단을 도출하는 논증으로 구별된다. 법체계 외부 자료를 활용하는 논증은 법체계 내부의 자료만을 활용한 논증으로는 충실한 법적 판단을 내리기 어려운 경우, 혹은 내부 논리에 따른 법적 판단을 내린다면 부정의나 오류가 발생한다고 인식하는 경우이다.

법체계의 ‘경계’를 기점으로 법체계의 내부 영역과 외부 영역을 구분할 수 있다는 점에 착안할 때, 법적 논증은 법원이 논거를 현존 법체계 내부에서 찾는지 아니면 법체계 외부에서 찾는지에 따라서도 구분이 가능하다. 현행법 체계의 내부에서 논리적 근거를 찾는 논리연역적인 ‘내적 논증’과 현행법 외부의 자원을 동원하는 ‘외적 논증’이라고 분류할 때<sup>560)</sup>, 법원이 어떠한 논증을 수행하느냐에 따라서 법체계의 양상이 달라진다.

내적 논증은 법체계 내부에서 법적 문제에 대한 답을 찾기 때문에 법체계의 내용 구성이 보다 정밀해지기는 하지만 법체계의 변동을 가져오지 않는 ‘현상유지적’ 논증임에 반하여, 외적 논증은 법체계 내부에서 법적 결론을 찾을 수 없기 때문에 외부의 논거 - 사회적·정책적 논거 -

---

560) 내적 논증은 Larenz·Canaris가 말하는 법해석과 법률내재적 범형성으로 정리 가능하며, 외적 논증은 초법률적 범형성 및 법에 반하는 범형성에 해당한다.

를 활용하게 되고 그러한 외부 논거가 법체계의 내용 구성으로 포섭되기 때문에 법체계 변동을 가져오는 ‘변화유도적’ 논증이다<sup>561)</sup>. 비슷한 결정을 반복·재생산하면서 법리를 강화하는 현상유지 논증은 법원의 부담을 절감한다. 카도조(Cardozo)가 강조하였듯이 현상유지 논증은 법관에게 이전의 결정을 통해 조성된 판단의 토대(the secure foundation of the courses laid by others who had gone before him)를 제공함으로써 법의 안정성을 가져오고 법관의 업무부하(負荷)를 줄이는 기능을 한다.<sup>562)</sup>

법체계는 내적 논증을 통해서 내용이 강화되어 정밀해지거나 외적 논증을 통해서 새로운 내용을 포섭해서 변화한다. 즉, 논증은 법원의 법체계의 내용을 동일하게 유지시키거나 변화를 가져오는 기능을 하고 있다. 법의 지속과 변화에 대하여 분석한 공두현은 (광의의) 법해석을 ‘법형성적 해석’과 ‘법유지적 해석’으로 구분하고 있다<sup>563)</sup>.

대부분의 사안들에서 법원은 법체계의 일관성과 통일성을 유지하는 논증 작업을 수행한다. 하버마스(Habermas)는 항상적인 변화에도 불구하고 사회 시스템은 어떻게 정체성을 유지하는가 하는 질문을 던졌다<sup>564)</sup>. 시스템의 관점에서 그에 답하자면 법체계는 사법부의 현상유지적 법해석에 의하여 체제의 정체성이 유지된다. 법체계는 외부 환경의 변화에 영향을 받는 흐름 속에 놓여 있으나 특정한 변화의 계기가 아닌 경우에는 안정적 단계(evolutionary stasis)에서 내용적 일관성을 유지한다.

법체계 외부에 존재하는 특정한 내용의 규범을 법체계 내부의 영역으로 포섭하여 수용할 것인지 그렇지 않을 것인지 여부를 사법부에서 판단

561) 이러한 구분에서 법원의 법형성을 보면, 어려운 사건(hard case)에서의 결론 도출은 법원이 기존의 법체계 외부에서 논거를 찾아 해결안을 만들어낸 것이기 때문에 법체계 외적 논증에 해당한다. 평이한 사건(easy case)에서의 논증은 논리적 연역에 따라서 해결안을 도출하는 것이기에 법체계 내부적 논증에 해당한다.

562) Cardozo, The Nature of the Judicial Process, p.149

563) 공두현, 사법판단 과정에 관한 연구, p.123

“법해석을 이러한 기준에 따라 다시 분류한다면 법을 새롭게 형성하거나 변동시키는 해석인 ‘법을 형성하는 해석’ 또는 ‘법형성적 해석’과 기존 법률 내지 법리를 유지하는 해석인 ‘법을 유지하는 해석’ 또는 ‘법유지적 해석’으로 나누어 볼 수 있다.”

564) Habermas, 1997, "How can social systems maintain their 'identity' in the face of constant change?"

함과 동시에, 기존의 선례를 깨는 행위나 특정 법 규범의 의미를 풀이함에 있어서 새로운 해석을 추가하는 행위는 기존 해석의 파기를 수반하기도 한다. 생명체의 면역 시스템이 쓸모없는 세포를 제거하듯이 법 시스템에서 법원리는 부적합한 법해석을 파기한다. 더 이상의 사회적 지지와 실효성을 얻을 수 없다고 판단되는 법해석을 - 또한 결국에는 그러한 법 해석을 통해서 존재하고 있는 특정한 내용의 법 규범을 - 법원이 파기함에 따라서 해당 내용의 법해석은 - 해당 법해석에 의존한 법규범도 함께 - 사멸된다.

이러한 패턴은 카도조(Cardozo)가 말한 ‘법의 성장’과도 연결된다고 볼 수 있다. 카도조는 변화(change)와 안정(stability)이라는 대립적 속성의 조화를 통해 궁극적으로 법의 ‘성장’을 말한다. “법은 안정적이어야 하지만 정체되어 있어서는 안 된다(Law must be stable, and yet it cannot stand still)<sup>565)</sup>”라는 언표를 통해, 카도조는 법적 안정성과 확실성(stability and certainty)에 대한 추구가 법의 동적 속성(mobility)을 희생시켜 법을 정체되거나 경직된 대상으로 만들어버려서는 안 된다고 강조하였다. 카도조는 법이 내일을 준비하는 성장의 원리(a principle of growth)를 보유해야 한다고 강조하는데, 이는 법이 변화에 열려 있는 개방적 적응형 체계를 가지고 있어야 한다는 의미로 새길 수 있을 것이다. 카도조가 말하는 법의 성장은 법이 시간에 따라 적합한 변화를 취하는 것이며, 그러한 법의 변화에는 입법부의 활동과 함께 법원의 법형성 결정이 기여한다.

### 3. 법원리 논증과 법체계의 변화

개별 사안에 관한 법원의 결정과 법체계의 관계를 조망할 필요가 있다. 각각의 개별 사안을 담당하는 법원이 내리는 결정은 전체적인 사법 시스템을 구성하는 낱알의 세포, 단위요소로서의 기능을 한다. 법원의 결

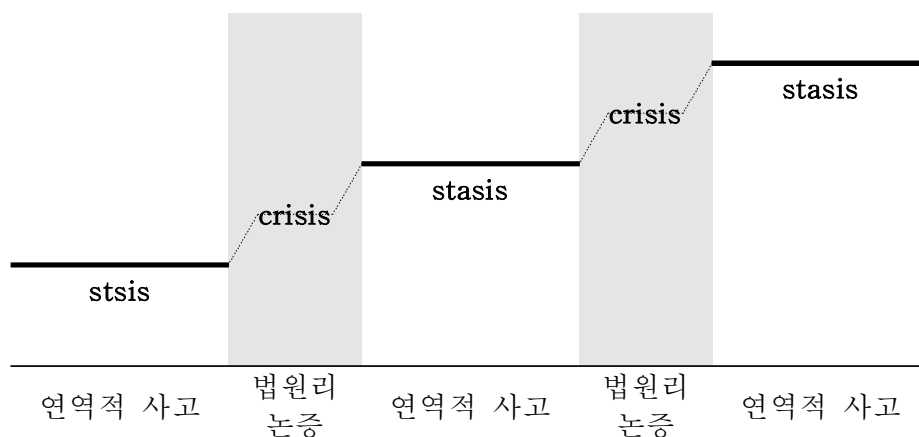
---

565) Cardozo, The Growth of the Law, Yale Univ. Press, p. 143

정은 전체 법체계를 구성하는 법규범 내용을 확인(강화 혹은 변화)하는 작업의 한 부분(sub-set)으로서 이루어진다. 이러한 개별의 사법적 결정 과정이 사법 시스템 전체를 총괄하는 논리를 재생산해냄에 따라서 사법의 안정성과 일관성이 유지된다. 또한 법체계의 일관성과 통일성을 위하여 법 논리가 내부적으로 세밀하게 정교해지고 구체화되는 과정을 거친다.<sup>566)</sup>

법원은 ‘논증’이라는 작업을 통하여 법의 정체성을 안정적으로 유지하고, 필요한 경우 법을 새로이 형성함과 동시에 더 이상 사회적 타당성을 지니지 못하는 법률 내지 법적 해석을 폐기하는 업무를 수행한다. 즉, 법체계의 내용적 적합성과 논리적 통일성을 위하여 법원은 생성과 파괴, 유지의 업무를 수행한다.

〈 그림 6-2 : 법원리 논증에 따른 법체계 변화 〉



법적 결정에 따른 법체계의 단계적 양상은 어느 정도 확립된 법리가 반복, 확대되는 안정화 단계(stasis)와 변화의 필요성으로 인하여 기존

566) 법체계의 이러한 모습을 두고 Teubner는 법이 ‘고유한 생명력’을 가진다고 평가하기도 한다.

“많은 이들이 지적하는 것처럼, 법이 스스로를 구성(self-constituting)한다는 사실로부터 파생되는 것은, 법 규칙이 ‘고유한 생명력(life of their own)’을 가진다는 것이다. 법 규칙은 단순한 사회적 목적을 달성하기 위한 수단으로서 존재하는 것이 아니라 그 스스로가 목적으로 존재하기도 한다.(Gunther Teubner, Law as an Autopoietic System, p.40)

법규범의 효력이 제한·파기되고 새로운 결정이 형성되는 변화의 단계(crisis)로 이루어져 있다. 이처럼 정립된 법리가 반복, 재생산되는 안정화 단계(stasis)와 변화의 필요성으로 인하여 기존 법규범의 효력이 제한·파기되고 새로운 결정이 형성되는 변화의 단계(crisis)로 법의 발전을 이해할 때, 법원의 논리구성 방식이 가지는 중요성은 더욱 커진다.

즉, 법체계 내적 논증은 법원이 해결해야 하는 문제의 답을 기존 법체계 내부에서 찾을 수 있기 때문에 안정화(stasis)된 단계에서의 논증이며, 법체계 외적 논증은 기존 법체계 외부에서 답을 충분히 구할 수 없는 경우 법 외부의 자원(extra legal sources)을 활용하는 불안정한 변화(crisis) 단계에서의 논증이다.

법체계 외적 논증 과정에서 기존 법체계 외부의 사항이 법체계 내부로 포섭·편입된다. 기존에는 가시적이지 않았던 법리가 구체적으로 현출되는 과정에서 분쟁 사안을 규율하기 위하여 실질적 입법(judicial legislation)이 일어난다.

[표 6-1 : 법원의 논증방식과 법체계의 양상]

법해석(狹義) 판결	판결 구분	법형성 판결
법	판단 논거	법 + 정책
유지, 반복·재생산	구조적 기능	생성, 파기
stasis	양상(phase)	crisis
논리의 반복·재생산 법체계 현상유지	법체계 영향	외부자원 유입 법체계 변화

법체계의 일관성과 통일성의 유지는 법체계 내부 자료에 근거한 논증



을 통해, 내용적 적합성은 - 구체적 사안의 정의를 실현시키기 위하여 - 법체계 외부의 논거를 활용한 논증을 통해 이루어진다. 법의 변화를 가져오는 새로운 법리가 형성될 때, 법체계의 내용구성은 안정과 변화의 단계를 거쳐서 발전한다.

법원이 3단 논법에 따른 연역적 사고를 하는 경우에 법은 현상유지 단계이며, 법원이 법원리의 이름으로 법체계 외부자원을 활용하는 사고를 하는 경우 법은 변화한다. 법원이 연역적 사고를 하는 경우에는 법이 안정화 단계이며, 법원이 ‘법정책적’ 사고를 하는 경우에는 법의 변화 단계라고 정리할 수 있기 때문이다. 법원이 법 원리를 풀어내어 논증을 하는 경우를 관찰하면, ‘구체적 타당성을 찾는’ 과정에서 ‘법적 안정성을 저해’하며 실질적 변화를 가져온다. 법원은 법의 근본원리를 들어서 실정법의 효력을 제한하거나 무력화시키기도 한다. 이는 법원이 법적 안정성을 침해하더라도 기존과는 다른 결정을 내릴 필요성이 있다고 판단한 경우이다. 그 결과, 법의 실질은 해당 법형성 판결 이전과 이후가 다르다<sup>567)</sup>.

---

567) 법원의 결정이 근거하는 판단준거 혹은 제약 요인은, 성문법, 판례법, 관습법이다. 각각의 준거들이 영향을 발휘하는 방식은, 법원의 법률구속, 선례 구속주의, 법원의 관행 확인과 그를 법으로서 확인하는 절차에 따른다.

### 3. 법체계와 주변 환경

#### 가. 체계와 환경 모델

법체계에 관심을 가지고 이를 분석하는 경우, 중요한 점은 우리사회의 법이 위치한 ‘환경’에 주의를 환기시킬 필요성이다. 법체계는 사회·정치 체계 내에 위치하여 그 주변을 둘러싼 환경 여건에 영향을 받는다. 법체계의 내용과 그러한 법체계가 존재하고 있는 사회 환경과의 관계에 대하여 주목할 필요가 있다. 체계이론은 ‘체계-환경’의 구조를 활용하여 사회를 관찰한다.<sup>568)</sup>

즉, 법체계에는 ‘경계’라는 개념이 수반되기 때문에 내·외부가 구분되지만 외부 환경과 절연되어 있는 것은 아니며 꾸준히 영향을 주고받는 교류 작용을 한다. 법체계에 영향을 미치는 환경(umwelt)이라는 개념 자체가 법체계의 고유성 및 내·외부를 구분하는 경계를 전제하는 것이나, 법체계가 폐쇄적으로 외부와 절연되어 존재하거나 그 자체만의 진화를 한다고 평가하는 것은 사회정치 체제 내에서 존재하는 법체계에 관한 왜곡된 생각에 가깝다<sup>569)</sup>. 법체계는 사회 안에, 정치체계 내에 존재한다.

법체계는 사회·정치 체계 안에 위치하며, 사회질서는 법질서에 영향을 미친다. 법체계는 외부의 환경(outer space)과 교류하며 끊임없이 영향을 주고받고 있다. 이를 도식화하면 다음과 같이 표현할 수 있을 것이다.

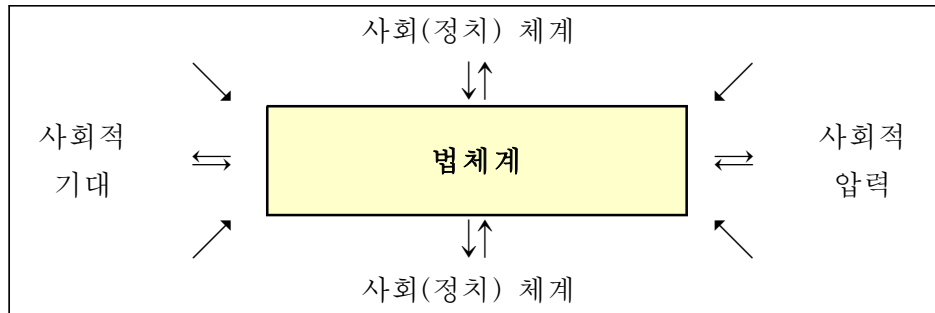
---

568) 양천수, 행정에 대한 사법적 통제범위의 법정책, p.187

: “체계 이론은 <체계-환경> 도식을 사용하여 전체 사회를 관찰한다. 체계이론에 따르면, 전체 사회는 체계와 환경으로 구분할 수 있다. 이 때 체계는 사회적 체계를 뜻한다. 환경(Umwelt)은 이러한 체계를 제외한 나머지를 뜻한다. 따라서 특정한 사회적 체계와 구분되는 다른 사회적 체계 역시 환경에 포함된다. 이를테면 정치와 법은 각기 독자적인 사회적 체계가 되는데, 법체계를 기준으로 보면 정치체계는 법체계의 환경이 된다.

569) 법체계가 내부 논리에 따른 반복적인 자기 생산만 하는 것은 아니다. Teubner는 Luhman과 Marela 등이 주창한 자기-생산적 체계(auto-poiesis)의 토대에서 이론을 구축하였는데, 이들 이론의 핵심적인 내용 중 하나는, 체계(system)와 외부 환경(umwelt)을 분리하고 있다는 것이다.

[ 그림 6-3 : 법체계와 주변 환경과의 교류 ]



형식적 법체계 모델에 의하면 도덕적 가치와 정의 관념은 법체계 ‘외부’에 존재한다. 그러나 도덕과 정의가 법체계와 절연되는 것은 아니다. 법체계가 그 환경인 사회정치 여건과 교류하기 때문이다. 주변 환경과의 교류에 따라서 법체계의 내용 구성이 달라질 수 있다.

이러한 관점에서 살펴보면, 법체계의 진화는 진화생물학에서 말하는 주변 환경에의 ‘적응’이라고 볼 수 있다. 법의 발전 과정은 주변 환경에 ‘적응’하는 과정이다. 우리가 여러 판결문에서 관찰하듯이, “제반 사정을 고려하여 사회통념에 따라 합리적으로 판단<sup>570)</sup>”을 한다는 것은 법체계가 주변의 사회 환경의 영향을 받아서 일정한 내용의 결정이 산출됨을 보여준다.<sup>571)</sup> 이처럼 법은 규칙이 실현되고 작동하는 과정에서 재생산과 변화가 발생하는, 형성의 과정 중에 있는 법이다.

570) 대법원 2015.7.23. 선고 2015다200111 전원합의체 판결 등

571) 최대권, 전거서, p.58

“문제는 이렇게 변한 사회와 이 변한 사회에 타당한 헌법의 의미(즉 헌법의 변천)를 발견해 낼 수 있는 눈을 사회과학적 접근방법이 제공하여 준다는 점이다.

그리고 이것은 국가만이 법의 연원(淵源)이 되는 것이 아니라 사회도 법의 연원(淵源)이 되고 있음은 보여주는 것이 된다. (...) 그러나 사회가 법의 연원이 되는 또 하나의 모습은 변화된 사회를 놓고 그로부터 헌법의 의미를 발견(즉 헌법의 變遷을 발견)하는 작업인 것이다. 사회가 법의 연원이 되는 현상은 헌법 분야에 한정되지 아니하고 다른 법 분야(예컨대 민법이나 사회법 등)에서도 관찰되고 있다. 법에 대한 절실한 사회적 필요성(즉 사회적 수요)의 인식이 국가법의 제정을 불러온다는 의미에서 사실 국가법도 많은 경우에 사회로부터 연원하고 있다고 말할 수 있을 것이다.”

## 나. 평형점의 유지와 이동

사회적 조정<sup>572)</sup>으로서의 성격을 지니는 법은 한 사회 내에서 자리잡고 있는 일종의 평형점(equilibrium)으로 이해 가능하다. 이러한 관점에서 법의 변화를 바라보면, 법의 변화는 기존의 평형점(equilibrium)이 새로운 지점으로 이동하는 것으로 이해 가능하다. 사회질서가 변화하면 구체적인 사안에 적합한 법적 판단 역시 달라진다. 만약, 도덕적 가치 및 사회정의의 관념이 변화하면, 다시 말하여 사회에서 적합하다고 평가하고 수용되는 합의로서의 평형점(equilibrium)이 변화하게 되면 그에 따라서 법질서의 평형점(equilibrium) 역시 이동하게 된다.

하지만 법체계 내부의 평형점이 자동적으로 달라지는 것은 아니다. 법체계의 평형점은, 법원이 현존 법규범 체계를 유지하는 결정을 내리느냐 아니면 일정한 변화를 추구하는 결정을 내리느냐에 따라서 그 평형점이 유지되기도 하고 변경되기도 한다. 특정 계기에 의하여 사회적 조정으로서의 법의 실질, 다시 말하여 해당 평형점이 변경되거나 이동해야 할 필요성이 커질 때, 법원은 법형성 결정을 내린다. 제정법을 뛰어넘거나 선례에서 벗어나는 법형성 결정은 통상의 법해석<sup>573)</sup> 판결이 확대·재생산해왔던 법체계에 실질적 변화를 가져온다.

법형성 판결은, 제정법 및 선례구속으로부터의 이탈이라는 점에서 진화생물학의 단절평형(punctuated equilibrium)<sup>574)</sup>이론을 법학에 접목하여

---

572) 사회적 조정만으로는 정의와 도덕을 담보하기 어렵다는 견해도 있으나, 사건으로는 정의(正義)와 도덕적 가치 역시 인간사회에서 장기간 형성된 일종의 사회적 합의 혹은 무수한 사례에서 장기간에 걸쳐 다각적으로 검증된 사회적 조정 내용에 가까울 수도 있다는 생각이다.

573) 선례로서 정립된 법원의 결정 내용은, 판례법이므로 선례를 따르는 결정 역시 제정법의 명제를 적용하는 판결과 마찬가지로 법해석 판결에 속한다. 해석의 막다른 골목에서 법형성이 일어나는 경우는 법원이 선례라는 수레바퀴 자국에서 벗어나는 때 벗어나는 지점(departure point)이다.

574) “고전적인 진화 이론은 진화가 일단은 느리고 점진적인 과정으로 진행된다고 말한다. (...) 하지만 새로운 진화 이론은 그러한 설명과는 대조적으로, 진화는 안정적인 현상유지(stasis) 단계와 급격한 변화(sudden change)의 단계로 구성되어 있다고 설명한다. 엘드리지(Eldredge)와 굴드(Gould)는 새로운 진화 이론을 ‘단절

‘법체계-환경’의 구조에서 그 의의를 검토할 수 있다.<sup>575)</sup> 기존 법규범에 따라서 문제 해결이 되는 상태를 골드가 말하는 현상유지(stasis) 상태, 현행 실정법으로 문제가 해결되지 않아서 법형성이 요청되고 일어나는 상태를 변화(crisis) 상태로 이해 가능하다.

Teubner가 자기-생산적 체계(autopoietic system)의 관점에서 설명하는 사법부의 현상유지적 결정은 법치주의의 중요한 속성 중 하나인 ‘예측가능성’을 보증하는 역할을 한다. 사법부는 기존의 전거와 선행 결정에 따라 과거에 내려진 결정들과 일련의 궤를 같이 하는 결정을 내린다. 즉 이는 법체계가 자기-생산적(self-reproducing)인 논리 체계이기 때문에, 법리와 법 규범, 선행 판례에서 법원이 이제 막 내리게 될 결정의 내용을 충분히 예측할 수 있는 것이다.

#### 다. 법형성 판결을 통한 법체계의 환경적응

그에 반해 규범 내용적 변화를 가져오는 법형성 논증은, 어려운 사안(hard case)와의 만남을 통해서 법체계 내부 자원이 부족함을 인식하는 경우에 일어나기도 하며, 혹은 법체계를 둘러싼 사회 변화(external disturbance)에 따라서 일어나기도 한다. 법형성 판결의 의의를 이해하기 위해서는 법체계에 관한 논의가 함께 분석되어야 한다. 사회 환경이 변

---

평형이론’이라고 명명하였다. (...) 진화는 완만하고 서서한 과정이 아니라 급격한 변화(in fits)의 과정을 통해서 이루어진다.(Hathaway, "Path Dependence in the Law: The Course and Pattern of Legal Change in a Common Law System", 2003, pp.114-115)"

575) “진화 이론은 변화의 패턴을 설명하는 두 가지 경쟁 모델을 제시한다. 한 모델은 변화가 서서히 꾸준히 진행되는 과정이라고 하며, 또 다른 모델은 오랜 기간의 현상유지를 하다가 급격한 변화기를 거쳐 변화가 발생한다고 말한다. 두 가지 모델 중 어느 것을 따르더라도, 과거는 현재의 변화 과정에 중요한 영향력을 예측 가능한 방식으로 행사한다. 이러한 특징은 비단 생물학 분야에만 한정되지 않는다. 생물학적 변화에서 얻은 이해는 법의 변화 패턴에도 - 특히 보통법의 변화를 설명하는 경우에도 - 적용할 수 있다.” (Hathaway, "Path Dependence in the Law: The Course and Pattern of Legal Change in a Common Law System," 2003, p.116)"

화하면 그에 대한 법체계의 환경적응을 위하여 법원은 법형성 판결을 내린다. 이처럼 ‘법형성’ 판결을 통해서 의회가 제정한 성문법과 사법부 스스로가 구축해 놓은 선례로부터 이탈하는 새로운 내용을 결정하는 경우, 이는 법체계가 외부 환경의 변화에 따라서 학습하고 적응한 결과물이라고 할 수 있다.

법체계가 ‘환경적응’을 하는 과정에서, 법원리는 사회의 가치변화 및 정의 요청에 반응하여 법체계 내용 구성의 변화를 이끌어내는 매개체가 된다. 법원리가 실정법체계 외부의 예비규범 자원을 포섭하여 법체계 내부 영역으로 끌어들이는 기능은, 법체계와 환경의 관점에서 다시 살펴보면 법원리가 법체계와 외부의 환경을 ‘매개’하는 기능을 수행하는 것으로 정리된다. 법원리를 활용하여 사회체계와 법체계의 교류가 가능해짐으로써, 법원리는 법체계의 대(對)사회적 개방성을 유지한다. 선행 연구들은 법원리의 기능적 활용을 통해서 법체계의 개방성이 유지되는 것을, “개념 법학의 단점을 극복<sup>576)</sup>”하는 것이라고 새기고 있다.

이러한 내용이 가장 직접적으로 명백하게 드러나는 것은 체계와 환경을 명백히 구분하여 논한 Teubner의 법체계 이론이다<sup>577)</sup>. 즉, 법원의 ‘법

---

576) 박정훈, 환경법상 기본원칙들의 법이론적 분석: 법적 성격과 방법론적 기능을 중심으로, p.4

“법원칙은, 법규와 달리, 상호 모순되는 법원칙 또는 법규와 공존할 수 있는 것이다. 그리하여 한편으로 근본적인 윤리적 명제들을 법원칙으로 수용함으로써 전통적인 법실증주의의 한계를 극복하고, 다른 한편으로 근본적인 정치적 결단 또는 정책적 결정들을 법원칙으로 수용함으로써 법과 정치(정책)와의 유기적 관계를 구축할 수 있게 된다. (...) 우리나라에서 헌법상 환경권 규정의 도입과 그에 따른 환경보호정책의 실행 과정에 비추어, 환경법상의 기본원칙들은 정치적 결단 내지 정책적 결정으로서 법원칙이 되었다고 보는 것이 자연스러울 것이다. 요컨대, 법과 정치의 관계에서의 법실증주의의 극복인 것이다.

577) 다음과 같은 Teubner의 논변에서 법체계 내부와 외부를 명확하게 구분하여 이론을 구축하고 살펴볼 알 수 있다. (Gunther Teubner, 1993, pp.56-57)

“자기-생산적 체계로서 법을 이해하는 경우, 이러한 생각이 우리의 법체계 이해에 미치는 영향은 법체계 안에서도 내부 진화가 자체적으로 발생(to transpose the evolutionary functions to within the system itself)한다고 생각하는 것이다. 법체계 안에서도 변이(variation), 선택(selection), 억제(retention) 등 많은 진화적 현상이 일어난다. (...) 자기-생산적인 법체계에서 진화가 가능하다. [그러나] 자기-생산적 법체계가 꾸러지기 전에 그러나 변이, 선택, 억제 등은 법체계 외부로 향해서 작동하고, [내부로 포섭되면] 내부적 작용이 진행된다.

적 논증'의 관점에서는 법관의 법형성에 관한 것이고, 이를 법체계(legal system) 고유의 관점에서 바라보면 법체계의 자기생산(autopoiesis; self-reference) 체계가 흐트러지는 내용 변화의 분기점에 관한 이야기로 정리할 수 있다.

## 제2항 법체계의 구동(驅動)과 승인(承認)

### 1. 법체계의 문지기와 승인율

법체계는 해당 법체계가 위치하는 여건, 주변 환경인 사회정치적 여건에 반응하고 적응하는 규범체계(adaptive system)로서 정리 가능하다. 체계는 기본적으로 주변 환경과 '교호작용<sup>578)</sup>'을 하는 관계에 있는데, 중요한 문제는 그 경계가 어떻게 관리되느냐 하는 것에 따라 환경에의 적응양태를 알 수 있다.<sup>579)</sup>

이를 법체계 영역에서 다시 논의하면, 법체계의 경계에 놓인 의사결정점이 무엇이며 어떻게 기능하느냐를 검토할 수 있다.

“조직의 경계에는 의식적인 장치와 같은 조직이 있다. 경계는 조직으로부터 두 방향으로 환경과 접하고 있는데, 그 하나는 투입물을 공급해 주는 환경이며, 다른 하나는 산출물을 흡수해 주는 환경인 것이다. 경계의 지위는 중요한 것으로서 그것은 투입의 경우이든 산출의 경우이든 간에 환경의 변환과정체계를 통해 변화된 상태로 바꾸는 기능을 수행해야 한다.”<sup>580)</sup>

법체계의 의사결정점은 사법부로서, 법체계의 내용 적합성과 논리적 체계성을 관리한다. 법체계 외부 환경에 전략적으로 반응하며 사회환경이 법체계에 미치는 영향을 조율한다. 이러한 법체계 경계의 의사결정점

---

578) 유종해·이덕로, 현대조직관리, 박영사, 2015, p.26

579) 유종해·이덕로, 현대조직관리, 박영사, 2015, p.57

580) 유종해·이덕로, 현대조직관리, 박영사, 2015, p.100

을 법학의 보다 일반적인 용어로 옮기면 ‘승인(承認)’이라고 할 수 있다.

법체계 의사결정점(decision point)으로 기능하는 승인자(decider)의 인적 속성이 강한지, 아니면 규범적 속성이 강한지에 따라 승인을 이해하는 관점이 달라진다. 법체계의 ‘의식적’ 경계선으로 존재하며 외부환경에 대한 여과(濾過) 기능을 하는 승인자(承認者; decider)의 기능 수행을 검토함으로써 승인에 관한 이해가 가능하다.

승인은 다의적이며 여러 유형이 존재한다. 김도균(2006)은 법체계 승인을 자체의 정당성을 판단하는 ‘메타-승인율’을 논의하기 위하여, 법체계 승인율을 정치적 맥락과 통치구조 등에 따라 다음과 같이 세밀하게 분류하고 검토하였다.<sup>581)</sup>

- ① 전제적 승인율(a dictatorial rule of recognition)
- ② 과두제적 승인율(an oligarchical rule of recognition)
- ③ 다수결 민주주의 승인율(a majoritarian rule of recognition)
- ④ 공화주의적 승인율(a republican rule of recognition)
- ⑤ 민중주의적 승인율(a plebiscitarian rule of recognition)

현대 사회에서 수용 가능한 승인율은 3과 4의 승인율이다. 하지만 민주적 혹은 공화주의적 승인율을 표방한다고 하더라도, 승인율에 관한 실제적 분석을 위해서는 승인이라는 행위 자체가 어떻게 이루어지는지를 관찰할 필요가 있다. 승인이 주권자의 의지로만 이루어지는 것은 아니다. 법원리의 작용이 필요하다. 이를 “법체계는 스스로 법적인 것과 법적인 것이 아닌 것을 결정”한다고 표현할 수도 있다. 사법부의 권위적 승인이

---

581) 김도균, 근대 법치주의의 사상적 기초: 권력제한, 권리보호, 민주주의 실현, pp. 115-116

: “하트나 법실증주의자들의 경우 승인율 자체의 정당성은 사회적 사실(사회적 관행)에 따라서 판단된다. 그런데 왜 승인율은 사회적 사실이나 관행의 문제로만 축소되어야 하는가? 승인율이 단순한 관행이나 반복되는 사실에 머물지 않고 진정한 규범으로서의 승인율이기 위해서 충족되어야 하는 규범적 기준은 없는 것인가? (...) 주권의 창출 및 유지의 과정이란 곧 법체계 자체를 규정하는 이차적 규범들(승인율)과 그 법체계 내에서 제정·적용·집행의 권한을 가진 자들이 의무를 규정하고 있는, 권위 있는 이차적 규범들(변경률과 재판율)을 창출하며 유지하는 과정이기도 하다.”



법체계에서 어떠한 의미를 지니는지에 관해서는 관습법에 관한 연구를 통해서 정확하게 확인할 수 있다<sup>582)</sup>. 관습법은 사회의 관행이 사회 구성원들로부터 법적 확신을 얻을 때에 관습법으로 성립한다고 하지만<sup>583)</sup>, 해당 관습법을 실제 확인하는 것은 법원의 권능과 역할이다. 법원이 특정한 사회적 규범을 ‘관습법’으로서 승인함에 따라 관습법이 존재한다<sup>584)</sup>. 법원의 종류로서 성문법, 관습법, 판례법의 세 가지를 들지만, 실제 성문법을 제외한 관습법과 판례법의 존재 확인은 사법부를 통해서 가능하다. 이에 관하여 법원이 ‘승인’을 과도하게 강조하는 경우, 관습법은 사라지고 판례법만 남게 된다는 비판도 존재한다.<sup>585)</sup> 아무리 특정한 사회적 관행이 존재한다 하더라도 법원이 해당 관행을 승인하지 않으면 - 전체 법질서의 이념에 위배되는 것이라고 하여 - 법적 지위를 인정되지

582) 사법승인설과 법적확신설이 대립하고 있다.

583) 오세혁, 관습법의 현대적 의미, 법철학연구 제9권제2호, 2006, pp. 147-148

"관습은 특정한 사회에서 습관적으로 준수되는 사실과 관행으로부터 자연발생적으로 축적된 규칙이다. 이러한 관습이 사회구성원들의 법적 확신을 얻을 때 관습법으로 된다. 간단히 말해서 관습이 법으로 발전된 것이 관습법이다. 관습이 일정한 행동에 대한 사실적인 기대를 불러일으키는 일정한 행동양식이라면 관습법은 그러한 행동양식에 대한 구속력을 수반하고, 나아가 그 위반에 대한 제재를 동반하는 일정한 행위지시이다. 한 마디로 관습은 사실(Faktum)이지만, 관습법은 규범(Norm)이다."

584) 오세혁, 관습법의 현대적 의미, 2006, pp. 150-151

"법 일반에서 타당한 모든 것은 관습법에서도 타당하지 않으면 안 된다. 이 점에서 관습법의 효력근거 역시 법의 효력개념 및 효력 근거에 대한 일반적인 고찰에 기대지 않을 수 없다. 일반적으로 제정법이 상위법으로부터 효력을 얻는 것과는 달리, 체계초월적인 법으로서의 관습법은 스스로 그 효력을 획득한다. (...) 법 공동체의 구성원들이 일정한 관행을 구속력 있는 것으로 승인한다는 것, 다시 말해 법적 확신이라는 형태로 변형된 수범자의 승인에서 관습법의 효력 근거를 찾는 것이 합당할 것이다."

585) 오세혁, 전개서, pp.158-159

"승인설이 주장하는 바와 같이 판결과 같은 국가의 승인을 통하여 비로소 관습법이 성립된다면, 판결 없이는 관습법이 성립할 수 없다. 특히 법원이 관습법의 적용 여부에 대하여 통제되지 않는 재량권을 갖고 있는 경우에 관습은 법원이 적용할 때까지는 결코 법이 될 수 없다. 그렇게 되면 관습법은 사라지고 판례법만이 남는다. 이는 관습법의 독자성을 부정하는 결과가 된다. 하지만 민법 제1조의 해석론에서 보다시피 판례의 법원성에 대해서는 논란이 있더라도 관습법의 법원성은 전혀 의심되지 않고 있다. 승인설은 관습법이 아니라 관습법의 외피를 쓰고 등장하는 판례법에 대하여 법원성을 인정하자는 것과 다를 바 없다. 아마도 승인설의 배후에는 관습법의 독자성을 실질적으로 부정함으로써 법의 형성권한을 국가 또는 국가기관에 독점시키려는 국가지상주의의 사고가 이면에 잠재해 있을 것이다. 판례법을 독자적인 법원을 인정할 것 인지의 문제와는 별개로, 법관에 의한 관습법의 적용이 관습법의 존재에 대한 확인적 의미를 갖는 데에 그친다고 볼 경우에만 관습법은 존재할 수 있다."

않기 때문이다.

## 2. 법원의 승인과 법원리의 기능

법관들은 일종의 ‘법체계의 문지기(gate-keeper)’ 역할을 수행한다. 법관들은 논증 작업을 수행하면서 현존 법체계를 유지하거나 새로운 내용의 법규범을 추가함으로써 법체계의 내용 구성에 변화를 가져오는 역할을 한다. 법관들이 내적 논증을 수행하는 경우 법체계의 내용적 일관성이 유지되고, 그에 반하여 주어진 분쟁 사안을 해결하기 위하여 외부 자원을 활용하는 논증을 하는 경우에는 현존 법체계 외부의 자원을 법체계 내부로 포섭·편입하는 결정적 계기가 된다. 즉, 법원은 법체계의 구성 내용에 일정한 영향을 미칠 수 있는 외부 자원의 유입을 결정함으로써, 외부 환경으로 향해 있는 법체계의 문을 열고 닫는 문지기(gate-keeper)로서의 역할을 수행한다.

사법부의 권위적 승인(recognition) 하에 법의 영역 안으로 들어온 규범은 이제부터 법 규범이 되고, 사법부의 승인을 받지 못하여 법체계의 외부 영역, 법관이 지키는 문 밖의 영역에 머물러 있는 규범들은 사회구성원들의 행위에 영향을 미치는 사회적 규범으로서는 기능하지만 - 도덕 내지 사회적 상규, 법감정 등이 이름으로는 불리는 많은 예비규범들이 이에 해당할 것이다 - 사회적으로 일정 수준 이상의 지지를 받고 있으나 법 규범은 아닌 존재이다. 체계가 단순히 개방적인(open)인 체계이기만 하다면 하트(Hart)와 라즈(Raz)가 말하는 권위적 승인은 불필요하다. 하지만 권위 있는 승인을 통해서, 2차 규칙에 의하여 1차 규칙이 존재한다. 하트가 승인(recognition), 변화(change), 재판(adjudication)이라는 2차적 규칙을 통해 법체계의 구성과 운용을 설명하는 이론을 축조하는 것은, 그가 ‘사회적 압력(social pressure)’을 강조하는 사실과 무관하지 않다. 하트는 사회적 규범성을 주장하고 있기에 폐쇄적 법체계 관념과는 차별화된 법체계를 설명한다. 즉, 하트가 설명하는 법체계는 2차

적 규칙들의 작동으로 인하여 새로운 1차 규칙이 체계 안으로 변경되거나 법체계 내부에 있던 기존 규칙이 변경되거나 폐기되는 개방적인 법체계(open system)라고 평가할 수 있다<sup>586)</sup>.

권위를 보유한 법원은 ‘인식(cognition)’한 법을 구체적 분쟁 사안에 적용함으로써 제도적으로 ‘승인(recognition)’한다. 따라서 법체계가 인식적 차원에서는 열려 있되(cognitively open)<sup>587)</sup>, 사회적 여건 내지 외부환경의 변화에 어떻게 적응하고 반응하기 위해서는 외부의 자원을 법체계 내부로 포섭·편입된 이후에야 실제적인 변화가 일어날 수 있다(operatively closed)<sup>588)</sup>. 이를 다른 각도에서 보면, 구체적인 판결이 있어야 법체계(legal system)가 구동할 수 있음을 의미한다.

라즈(Raz)는 개별적인 법(a law)이 모여서 전체적인 법(the law)를 구성한다고 보고, 법의 규범성에 대한 설명은 법의 개념(conception of law)보다 법체계 개념에 달려 있다고 하면서 법체계의 의미를 강조한다.<sup>589)</sup> 라즈는 특정 법체계(legal system)에 속한<sup>590)</sup> 개별법을 확인하는 방법을 두 가지로 구분한다. 켈젠과 같이 법의 연원에서 소속을 확인하

---

586) Hart 스스로는 법을 두고 ‘법의 열린 구조(open texture)’라는 표현을 사용하였으나, 본 연구는 Hart가 설명하는 법체계를 open system이라는 표현을 사용하여 정리한다. 이는 법체계의 개방성이 단순히 Hart가 설명하는 언어의 모호성과 불확정성에 기인한 것만은 아님을 분명히 하기 위해서이다.

587) 만약 법체계가 인지적 차원에서도 ‘폐쇄적’인 체계이면 아무리 내부적 구성의 완결도가 높다고 하더라도 외부를 이해할 수 없다. 폐쇄적 계(界)의 예로서, 어학사전을 들 수 있겠다. 정교한 설명을 제공하는 어학사전을 아무리 열심히 처음부터 끝까지 읽는다고 하여도 외부 세계와의 교섭이 없다면, 그 어학사전의 설명이 정확하고 능숙하다 한들 꼬리에 꼬리를 물고 순환을 하는 폐쇄적 세계 안에서는 단 하나의 개념도 이해하기 어렵다.

588) 이는 형식적 법체계론자인 Kelsen의 법체계와 확연하게 다른 부분이다. Kelsen은 근본규범에서 법이 파생되고, 논리적 연역에 따라서 답을 찾을 수 있는 닫힌 체계(closed and deductive system)로서 법체계를 상정하고 있다.

589) Raz, J., The Concept of a Legal System, p.44

“무엇보다도, 법의 체계가 존재한다는 것은 그러한 법체계에 속한 법들이 존재한다는 사실을 의미(the existence of a system of law entails the existence of the laws belonging to it)한다. 그렇기에 어떠한 법의 존재 조건은 법체계의 존재를 이해하는 것과 특별한 관련성이 있다.”

590) 라즈는 어떠한 규범이 법인가 아닌가 하는 것은, 해당 규범법이 법체계의 내부적 구성내용으로 포섭되는지(membership) 여부에 따른다고 한다.

는 방법(the principle of origin)과, 하트의 설명과 같이 권위 있는 승인에 따라 그 소속을 확인하는 방법(the principle of authoritative recognition)이다.

법의 연원에 따라서 체계적 소속을 확인하는 방법은 켈젠의 법체계 이론, 즉 근본규범에서 법이 위계적·중층적으로 파생된다는 생각과 이어진다. 그러나 법의 연원에 의하여 법체계 구성을 설명하는 것은 단순한 규범들에 대해서만 가능한 것이지 현대 사회의 법체계와 같은 복잡한 법체계를 대상으로는 충분한 설명이 어렵다고 평가된다. 라즈 스스로도 법의 연원을 따지는 방법은 제한적 설명력을 가진다고 비판적 입장에서 검토한다. 라즈는 권위 있는 승인(authoritative recognition)에 의하여 개별 법률의 체계적 소속을 밝히는 것이 더욱 많은 경우를 설명할 수 있다고 본다. 이는 법적용 당국(authority)의 인정과 승인을 통하여 법을 확인하는 방법이다. 라즈가 말하는 법은 ‘권위로서의 법’이다. ‘권위’가 법의 본성임을 강조하는 라즈는 어떠한 규범이 법체계에 속하느냐 여부, 즉 법의 존재를 법적용기관의 인정 여부와 결부한다. 라즈에게 있어서 법령 사회의 일반 수범자들이 대체로 무시하는 법이라고 하더라도 권위를 지닌 법적용기관이 해당 법을 법으로서 승인하는 이상 그 법은 유효한 것이다<sup>591)</sup>.

이러한 이해와 함께, 법의 인식에 있어서 하트(Hart)가 보여준 통찰력은, 법 개념을 구성하는 핵심적 요소를 권위적 승인으로 설명한 것이다. 특정 법규범은 그 자체로 독자적 별개로서 존재하는 것이 아니라 권위 있는 집단의 승인이라는 확인 작업을 통해서 성립한다는 것이다. 예비규범으로서 존재하던 특정 규범은 승인을 통해 법규범으로서의 위상을 부여받고 법체계(from the pre-legal into the legal world)<sup>592)</sup>로 들어온다.

하트는 법이 규칙의 체계라는 관점에 기초하여<sup>593)</sup>, 법체계 구성을 이

---

591) 이와 같은 라즈의 관점에서 법적 의사결정을 이해할 때, 우리가 이해하는 법적 의사결정의 ‘정통성(legitimacy)’은 권위에서 비롯한다. 법적 의사결정의 적법성은 사회적 권위를 통해서 획득된다.

592) Hart, The Concept of Law, p.94

원적으로 파악하였다. 하트는 법체계를 분석함에 있어서 어떠한 규범이 법체계의 진정한 구성 요소인지 결정하는 과정(the process of which norms are part of the legal system)을 설명한다. 하트가 설명하는 법체계는 명령·금지·허용을 정하는 일차적 규칙들과 그러한 일차적 규칙들을 승인, 변경, 적용하는 이차적 규칙들로 구성되어 있다<sup>594</sup>). 법은 의무로서의 법인 1차 규칙과 무엇인 법인지를 판명하는 승인율(承認律), 즉 메타 논리로서의 2차 규칙으로 구성된다<sup>595</sup>).

승인율을 중심축으로 하는 하트의 법이론<sup>596</sup>)은, 법이 법으로서 자리매

593) 김혁기, 2009, 전거서, p.119

: Hart의 법이론은 법이 규칙의 체계라는 관점에 기초하고 있다. 그가 법이 본성상 부분적으로 불확정적이라고 보는 것은 규칙이 불확정적이기 때문이다. 그러므로 Hart에게 있어, 열린 구조론은 언어의 규칙에 대한 것이 아니라 법의 본질에 대한 논증으로서의 성격을 갖는다. 법을 규칙의 일종으로 이해하지 않을 때에만 열린 구조는 법과 무의미한 것이 된다. 결론적으로, 열린 구조론은 법이 언어로 표현되고 규칙으로 이해되는 한에서는 필연적으로 불확정적이라는 점을 보여주는 법의 일반 이론에 해당한다.

594) Hart, The Concept of Law, 1961, p.65

"법체계의 핵심은 ... 의무에 관한 1차적 규칙과 승인·변화·판결에 관한 2차적 규칙으로 이루어진 결과 빚어진 구조(the structure which has resulted from the combination of primary rules of obligation with the secondary rules of recognition, change and adjudication)이다."

595) 1차적 규칙이 행위자에게 직접적으로 의무를 부과하거나 권한을 부여하는 규칙인 반면, 2차적 규칙은 규칙에 대한 규칙, 다시 말해 규칙의 변경에 대한 규칙, 규칙의 적용과 집행에 대한 규칙, 규칙의 식별에 대한 규칙을 말한다.

596) Postema는 Hart의 법이론을 다음과 같이 요약하고 있다.

- ① 법은 역사적으로 진화하는 복합적인 제도로서, 인간이 세월 속에 가공해낸 산물이다.
- ② 법체계는 상이한 기능을 수행하는 여러 다양한 종류의 규칙들로 이루어진다.
- ③ 일차규칙은 사람들의 일상적인 행동을 지배하거나 사회적 상호 관계를 용이하게 하고, 이차규칙들은 법규칙 체계를 유지하는 부담을 지는 공직자들은 지배한다.
- ④ 이차규칙 중 중요한 것으로는 변경규칙, 재판규칙, 식별규칙이 있다.
- ⑤ 모든 법규칙들은 승인율에 따라 하나의 단일화된 체계를 구성한다.
- ⑥ 권위가 있는 의무부과 규칙은 법적 구속력이 있다. 이 규칙들은 법체계 속의 효력 있는 규칙이라는 제도적 승인에 따라서 의무를 부과할 수 있다.
- ⑦ 법체계의 승인율은 그 자체로는 효력을 가지는 법규칙이 아니지만, 다른 모든 법규칙 및 법규범의 효력을 위한 기준이다.
- ⑧ 승인율에 따라서 법을 적용하는 공직자들은 승인율에 의해 법체계 내에서 유효한 것으로 identified 된 제반 규칙들을 간접적으로 수용한다.
- ⑨ 법규칙은 개방된 구조(open texture)를 갖는다. 논쟁이 발생하는 회색지대에 있는 사안을 결정하는 경우에는 법을 적용한다기보다는 기존 법의 안내를 받아서 법을 만

김하기 위해서는 해당 규범이 법체계 내로 편입되는 법 공동체의 승인(recognition)이 필요하다는 설명을 핵심으로 삼는다. 승인 규칙은 하나의 체계에 속하는 다른 규칙들의 효력을 판단할 기준을 제시하므로, 그 체계에서 궁극적인(ultimate) 규칙이라고 할 수 있다<sup>597)</sup>.

하트가 말하는 1차 규칙은 이미 생성되어 현존하는 ‘법체계’, 기존 실정법 규범의 총화를 의미한다고 볼 수 있다<sup>598)</sup>. 이에 반하여 2차적 규칙들은 법체계 내지 법질서의 구조적 생성과 변화를 유발하는 메타 규칙이다. 2차 규칙은 사회 일반 모두가 아니라, 법적 분쟁에 대하여 종국적으로 결정하는 법원을 비롯하여 사회적 권위를 지닌 공직자의 실행(practice)에서 드러난다.

하트가 말하는 1차적 규칙은 사회의 구성원 모두가 확인하고 규범적 영향력을 미치는 가시적 규칙이며, 2차적 규칙은 그러한 1차적 규칙을 형성하고 변경하는 메타 규칙이다. 하트는 『법의 개념』에서 다음과 같이 사회 일반을 상대로 작동하는 가시적인 1차 규칙의 운용을 설명한다.

“대규모 집단에서는 사회 통제의 중요한 도구는 일반적인 규칙들(rule), 규준들(standard), 원리들(principle)이어야 하며 각 개인에게 별도로 부여되는 특정한 지침이어서는 안 된다. 행위의 일반적 기준은 대다수의 개인들에 의해 추가적 설

든다.

⑩ 법체계는 실효적(effective)이어야 존재 가능하다. 법체계의 실효성은, 승인율을 따르는 공직자들과 수범자들의 일차규칙 수용, 그리고 법규칙의 연명이 모호한 회색지대의 문제가 권위 있는 해석에 의해서 해결되는 경우에 가능하다.

⑪ 법체계가 실효적인 것은, 법규칙 속에 규범 이탈로부터 보호 가능한 장치가 포함되어 있고, 요청되는 바를 행동으로 옮기게 하는 강제 메커니즘이 있을 때이다.

(Postema, Legal Philosophy in the 20th Century : The Common Law World, A Treatises of Legal Philosophy and General Jurisprudence: 2011)

597) 현대 법체계를 정리하는 Teubner의 논변은 법체계의 내부/외부라는 관점에서 접근하였을 때 Hart와 유사한 논리 체계를 발견할 수 있다. 하트가 말하는 승인율(rule of recognition)과 Teubner가 말하는 system theory는 논리적 구성에서 많은 부분이 겹친다.

598) Hart에 따르면, 1차적 규칙들로만 이루어진 법체계는 불확실(uncertain)하고, 정적(static)이며 비효율적(inefficient)인 문제가 발생한다. Hart는 이러한 문제들을 2차적 규칙들인 승인규칙(rules of recognition), 변경규칙(rules of change), 재판규칙(rules of adjudication)’을 도입하여 해결 가능하다고 설명한다.

명 없이 이해되며, 또한 어떤 일이 생길 때 어떤 행동을 하라고 요구한다. (...) 그리고 법이 사회생활의 광대한 영역에 걸쳐 성공적으로 운용될지는 특수한 행위, 사물, 상황을 법이 만든 일반적 분류의 사례들로 받아들일 수 있는 널리 확산된 능력에 의존한다.<sup>599)</sup>”

이에 반하여, 토이프너(Teubner)가 설명하는 법체계 이론은 보다 역동적인 법체계의 구성과 작동을 제시한다. 토이프너는 법체계는 자기-생산적 체계(auto-poiesis)라고 하면서, 하트의 2차적인 규칙이 1차적인 규칙을 승인·변경·폐기하는 것이 법체계가 스스로를 조직해 내가는(self-organizing) 것이라고 분석한다.<sup>600)</sup> 2차 규칙을 행사하는 이들이 현존 법체계에 새로운 내용의 법규범을 추가함으로써 법체계의 구성적 변화를 유발하는 것이다.

“최종적 결정자가 비인격적인 규칙(a final nonhuman decider)일 수는 없다는 흄스의 논리에 정면으로 반대되는 것이 바로 하트의 ‘승인율’ 이론이다. 하트는, 흄스와는 달리, 한 개인이건 집단이건 법을 제정하고 해석할 수 있는 권능을 부여하는 것은 권력자의 명령의지가 아닌 규칙(이차적 질서의 규칙)이라고 논증하였다.<sup>601)</sup>”

하트는 법체계를 오로지 순수한 규칙들의 논리 위계적 구조물로 바라보는 것이 아니라, 사회의 행위 주체들이 - 2차 규칙을 행사하는 결정 권한을 지닌 주체들 - 관여하는 개념으로 이해하였다. 이를 통하여 하트가 설명하는 법체계는 가변적이고 유동적인 법체계의 성격을 지닌다.

---

599) Hart, 법의 개념, p.124

600) Gunther Teubner, Law as an Autopoietic System, p.20

“법체계는 스스로를 조직해 내가는(self-organizing) 시스템이다. 하트가 말하는 2차 규칙에 따라 1차 규칙이 만들어질 때, 식별 과정을 거쳐서(through forms of identification and procedure) 법체계의 자가 조직이 이루어진다.”

601) 김도균, “근대 법치주의의 사상적 기초: 권력제한, 권리보호, 민주주의 실현”, 법치주의의 기초: 역사와 이념, 서울대학교 출판부, 2006년, pp.106-107

## 제 7 장 결 론

### 제 1 절 연구의 요약

#### 제1항 법원리의 정책적 기능

법원이 문제사안 해결을 위하여 법원리를 활용하는 경우, 법원은 법원리의 건전한 비판력과 법리생성이라는 ‘기능’을 활용하는 것이지, 그 실질의 ‘내용’을 활용하는 것이 아니다. 법원리는 실질의 내용을 논하기에는 이미 그 추상성의 수준이 현저히 높고, 높은 추상성은 특정한 내용을 지시하기 어렵게 만든다. 이는 동일한 법원리를 두고 법원 내부에서도 전혀 다른 방향의 해석을 하는 모습에서 잘 확인된다.

비실증주의 법학자들은 법원리의 특성을 설명함에 있어서, 어느 하나를 살리려면 다른 하나가 무력화되어야 하는 상호모순 관계의 법규칙과 달리, 일견 상충하는 법원리라고 하더라도 ‘형량’을 통해서 ‘최적화’된 결론을 내릴 수 있다고 한다. 그러나 법원리의 최적화가 가능한 것은, 구체적 내용이 명확하게 갖추어져 있는 법규칙과는 다르게, 법원리는 구체적 사안의 정의를 구현하기 위하여 법원이 그 내용을 충전(充填)할 수 있는 비어있는 상태 - 엄밀히 말하면, 완전히 비어있지는 않으나 규범적 밀도가 매우 낮은 상태 - 이기 때문이다.<sup>602)</sup> 법원은 구체적 사안의 제반 요소를 감안하여 정책적 사고를 동원한, 문제사안에 최적화된 결정을 내리고, 그러한 결정을 법원리라는 이름으로 다시 재검토한다. 법원리의 내용이 실제 특정한 내용을 지시하기에는 부족함을 받아들인다면, 비실증주의에

---

602) 여러 번 언급한 바와 같이, 이 연구는 법을 가시적인 것 - 권위에 의해서 보증되는 사회적 실행 - 으로 이해하는 법실증주의 관점에서 법원리의 구체적 실질이 부족한 것으로 본다.



서 말하는 법원리의 ‘최적화’란 문제 상황에 대한 ‘정책적 사고’ 혹은 ‘종합적 사고’라고 이해함이 타당할 것이다.<sup>603)</sup>

법원리와 법규칙이 구분되는 차이를 찾음에 있어서 그 내용이 ‘비어있는 상태’인지 아니면 ‘이미 들어찬 상태’인지로 보면 법원리를 논거로 삼은 판결을 이해하기 수월할 것이다. 추상적 법원리는 특정 내용을 명확하게 지시하지 않는다. 이처럼 법원이 구체적 사안에 적합한 내용을 충전(充填)할 수 있는 법원리는, 법원이 사회의 가치변화 및 정의 요청에 반응하여 법체계 내용 구성의 변화를 이끌어내는 매개체가 된다.

법원리는 법체계 내부에 존재하기에는 그 내용적 실질이 결핍된 혹은 부족한 상태이나, 중요한 결정의 논거로 활용된다. 내용적 실질이 부족한 법원리가 이와 같은 ‘기능’을 수행하면서 법의 내용적 변화를 유도하는 것은, 법원리가 법체계 내부에 존재하지 않기에 법체계 외부자원의 유입을 가능하게 하기 때문이다. 이러한 ‘비어 있음(void)’으로 인하여 법원리는 법체계 내부의 자원이 동원되는 것을 정지시키거나, 혹은 외부의 자원을 유입하여 기존의 규범 자원과의 결합으로 법리를 형성하는 기능을 수행한다.

‘법원리(法原理)’가 사회 현실에서 어떠한 기능과 역할을 수행하고 있는지 그 작동 방식과 양태를 관찰할 때, 법원리는 기존 법규범의 체계 내에 존재하는 것이 아니라 외부 자원을 포섭하여 새로운 법규범의 형태로 빚어내는 기능을 수행하고 있음을 알 수 있다. 법원이 법체계 내부의 자원으로는 문제사안에 적합한 결정을 내리기 어려운 경우 -순수 법적 논증만으로는 답이 주어지지 않거나 혹은 지나치게 가혹한 결론, 우스꽝스러운 결론이 주어지는 경우- 법원은 법체계 외부 자원을 활용할 필요를 인식하고, 법감정과 사회적 정의관념 등을 사안의 판단기준으로 활용하기 위하여 해당 내용들을 법원리를 통해서 법체계 내부로 포섭한다.

---

603) 즉, 본 연구는 법원리가 법규칙과 구분되는 것으로 이해함에 있어서는 법실증주의 및 비실증주의 법학자 모두의 연구를 수용하였으나, 법원리의 ‘기능’ 내지는 ‘작용’을 이해함에 있어서는 법실증주의 관점에 보다 충실하려고 하였다.

대법원 전원합의체 판결에서 등장하는 법원리는 성문법과 판례법을 변화하는 기능, 새로운 관습법을 법적으로 승인하는 기능을 한다. 이러한 법형성 작업을 통해서 법체계는 사회의 변화를 수용하고, 그 결과 법체계 내부 구성의 변화를 가져온다.

법원리를 활용한 논증은, 현행법에 대한 비판적 의식에 기초하여 등장하며, 현행법에 대한 불만을 해소할 수 있는 동력과 변화의 근거를 제공한다. 법원리에 기반한 법관의 유연한 사고가 실정법을 경솔하게 대하는 사고는 아니다. 법원리 그 자체가 실정법이라고 할 수는 없지만, 법원리를 통해서 실정법이 중시하는 법의 ‘사회적 연원’의 의의가 담보될 수 있기 때문이다. 법원리는 법체계가 사회체계로부터, 혹은 사회의 도덕가치 체계로부터 ‘수혈’을 받는 것을 가능하게 한다. 법체계는 사회체계 안에 위치한다. ‘우리사회의 정당하고 실효성 있는 법’으로서 그 타당한 내용을 보완해나가는 작업이 요청된다.<sup>604)</sup>

---

604) 법현실을 수용함에 있어서, 법원리를 활용한 법원의 결정을 순수한 규범적 진리라고 하는 것보다는, 정책적·종합적 판단 과정을 거친 법형성 결정이라고 하는 것이 그에 관한 비판에 보다 열려 있게 됨으로 인하여 오히려 더욱 치밀한 논리의 전개와 이익형량, 가치 판단을 요청하고 촉진할 것이다. 법원의 결정이 비판에 열려 있으면 열려 있을수록 보다 건전한 결정 기제가 작동한다. 당연히 주어진 소여로서의 진실이 드러나는 구름보다는, 열린 비판의 투명함 아래에서 보다 정합적이고 내실 있는 법리가 형성될 수 있다. 다시 말해, 법원의 논증책임을 강화하여 보다 충실한 논증에 기여하게 된다.

사법재량은 법체계를 지속가능하고 사회적 실효성을 확보할 수 있게 만든다. 법의 사회적 정당성을 확보하는 것임과 동시에, 법체계의 실효성을 보장하는 방편이 된다. 다만, 사법재량이 작동되는 바람직한 방향은, 사법부의 법정책결정을 통해서 일정한 내용의 판결이 내려지면 그에 관한 사회적 재평가와 논의를 통해서 의회입법 등의 방식을 통해서 보다 광범위한 사회적 합의가 반영된 규범이 성립되는 것이다. 즉, 익숙한 통상의 관념처럼 의회입법이 선행하고 사법부의 결정이 후행하는 방식 외에 사법부의 결정이 선행하고 의회입법이 후행하는 경우가 존재할 수는 있으나, 사법부의 결정이 선행하기만 그에 대한 의회입법 등 사회적 추인(追認) 반응이 결여되어서는 안 된다. 법체계가 궁극적으로는 사회체계를 쫓는다는 것은 민주적 자기지배에 부합한다고 볼 수 있을 것이다.

## 제2항 법체계의 환경적응

법원의 논증방식과 연계하여 법이 변화하는 과정을 이해하면, 법체계(legal system)의 작동방식을 분석하는 통로로 삼을 수 있다. 법의 지도 이념 내지 근본원리 등 법원리 논거가 활용되는 판결은 법체계 내부의 자료만을 활용하는 논증 작업으로는 적합한 결정을 얻기가 곤란하여 현행 실정법 외부의 자료를 판단을 내리는 근거로 -그것이 명시적이든 혹은 묵시적이든- 사용한다. 이를 법체계의 관점에서 관찰하면, 법원리 논증은 법체계 내부 논거의 동원을 정지시키거나 법체계 외부로 문을 여는 기능을 한다. 그리고 법원리가 활용된 결과, 기존과는 새로운 법리가 형성된다<sup>605)</sup>.

이는 법체계의 속성이 개방적이고 유연하다는 것을 알려준다. 법적 결정은 법 내부 논리의 연역에 의하는 경우도 많지만, 외부와 절연된 폐쇄상태(organizational closure)에서 산출되는 결정보다, 사회 현실과의 부단한 상호 작용을 통해서 판단이 생성되고 정련되는 경우를 간과할 수 없다. 법체계가 외부 여건 등에 반응하는 적응 체계(adaptive system)로서의 성격을 지니고 있기 때문에 새로운 내용의 법규범이 형성되거나 법이 변화하는 계기가 만들어진다. 법원리 논증은 우리 법체계가 개방적 법체계(open and adaptive system)를 기반으로 이루어짐을 보여준다. ‘사회적 조정’으로서의 법으로 구성된 실정법체계는 언제나 미완의 상태이므로 끊임없는 수정이 필요하다.

법원은 논증작업 - 법해석과 법형성을 모두 포함하는 논리적 판단의 작업 - 을 통해서, 법이라는 시스템의 논리적 일관성과 내용적 적합성을 담보한다. 이를 법체계의 전반적인 변화와 발전을 쫓아가는 거시적 관점

---

605) 특정 법리를 형성하지 않고 성문법의 효력을 제한하는 소극적(negative) 방식으로 법원리가 작용하는 경우라고 하더라도, 최소한 어떠한 상황에서 특정 성문법의 효력이 제한되는지에 관한 일정한 판례법이 형성된다. 따라서 법원이 법원리를 활용하여 실질적 내용을 제공하는 형성적 혹은 긍정적(positive) 판결을 하는 경우이건, 아니면 성문법의 효력을 제한하는 소극적(negative) 판결을 하는 경우이건 일정한 법리가 만들어진다는 점에서는 동일하게 평가할 수 있다.

에서 살피자면, 법원리가 판단의 근거로서 활용되는 경우는, 법체계가 안정적 현상유지 상태(stasis)가 아닌, 법체계 외부의 자원을 논거로 동원하여 불안정하지만 구체적 타당성을 찾는 변화의 상태(crisis)에 있는 것이라고 볼 수 있다. 주어진 범명제를 적용하여 결론을 도출하는 연역적 논증이 이루어질 때 법체계는 기존과의 내용적 동일성을 유지하는 상태(stasis)이며, 법원리를 활용한 논증이 일어나는 경우 법체계의 내용 구성은 새롭게 변화하는 상태(crisis)이다.

법원이 법원리를 활용하는 논증방식을 취하는 경우, 법체계의 안정적 상태(stasis)는 깨어지고, 불안정(crisis)<sup>606)</sup> 상태에서 법리의 형성과 변화가 일어난다. 법원의 결정이 법의 실질적 내용 구성에 변화를 가져오는 경우, 법원은 감지되는 사회의 변화와 정의 요청을 포착하는 수용기(受容器)로서 법원리를 활용한다. 사회는 무단하게 변화하며 현존 법체계에 사회의 변화를 수용하여 이미 구축되어 있는 법논리 구조에 접목하는 역할을 사법 기구가 담당하고 있다. 사회 정의는 무단한 변화의 도상에 있는 형성적·가변적 개념이기에 법 역시 만들어져가는 개념이며, 보다 더 완성된 법으로의 발전을 위해 법원리는 중요한 기능을 담당하고 있다. 법원리가 논거로 활용되는 경우 법원은 사회에서 수궁할 수 있는 결정을 산출하려는 것이다. 다시 말해, 법원의 정책적 사고와 종합적 판단은, 사회의 ‘승인’을 모색한다. 법원이 법원리를 활용하는 경우는, 사회의 변화를 쫓아가고 반영하기 위한 경우, 그리고 심각한 부정의를 막기 위한 경우 - 이 경우 ‘지나치게 가혹한 처사’ 등 심각한 부정의에 대한 평가는 사회의 수용 여부를 염두에 둔 것이다 - 이다. 법관의 사안규범 창설을 가져오는 ‘궁극적’ 원인은 사회 규범질서의 변화에 있다고 할 것이다.

---

606) 슈미트와 아감벤의 ‘비상사태’와 일부 속성을 공유하지만, 정치적 격변이나 비상사태가 아니라 일상적인 상황에서 일어나는 규범 변화를 설명하는 ‘불안정’ 개념이며, 슈미트의 비상사태에서는 모든 규범의 효력이 정지되는 것이지만, 불안정 변화상태에서는 해당 규범의 내용이 변하는 것이지 전반적인 법체계는 안정적으로 유지된다.

## 제 2 절 연구의 시사점

### 제1항 법원의 의사결정

이 연구는 법원이 ‘법을 말하는 입’이라는 단순한 관념처럼 협의의 법 해석 기능만을 수행하기보다는, 법원리에 입각한 정책적 판단을 하면서 다양한 문제 상황 및 변화하는 사회현실에 적합한 결정을 산출하기 위하여 적극적인 대안 모색의 접근방식을 취해 왔음을 확인하고자 하였다.

통상적인 입법부와 사법부의 관계는, 입법부가 만든 법률을 사법부가 해석하고 적용하는 것이다. 결정의 선후를 따지면, 입법부의 결정과 사법부의 결정의 선행-후행의 관계에 있다. 하지만 경우에 따라서는 법원의 판결이 제정법 내용에 반영되는 경우도 존재한다. 최고심인 대법원의 정책적 판단이 의회 입법으로 이어지는 경우가 있는데, 만약 그러한 법원의 판결이 법률에 충실한 법해석이라면 의회가 이미 있는 법을 다시 만들지는 않았을 것이다. 상기 살펴본 입증책임 완화는 사법 결정의 입법화가 이루어진 대표적인 예가 될 것이다.

법원리 활용 논증과 그 결과적 산출물인 법형성 판결의 의의에 관하여 검토할 때, 법원이 법의 변화에서 차지하는 역할을 간과할 수 없다. 법원은 법형성 판결을 산출함으로써 법의 실질적 변화를 가져온다. 법의 변화를 가져온다는 것을 보다 직접적으로 표현하자면 법원은 재판 규범을 창설하는 역할을 수행하고 있다.

사법입법(judicial law-making)의 존재, 법원이 ‘법을 만드는’ 역할을 한다는 것은 우려를 야기한다. 법원이 법규범을 창설 내지 법관의 법창조는 - 의회가 수행하고 있는 입법 활동과 비교할 때 당연히 그 규모와 수준에서 차별화되지만 - 민주적 대의기관(代議機關)인 의회와 비교할 때 그 정당성에 비판이 가해질 수 있기 때문이다.

또한 법원의 실질적 입법 작용에 있어 민주적 정당성에 관한 비판과 우려보다 더욱 일차적으로 접할 수 있는 반발은, 법원의 결정이 자명한

진리가 아니라 의식적 ‘선택’이라는 점일 것이다. 법원리를 활용한 정책적 결정이 법의 변화와 발전의 도상에서 담당하고 있는 기능에도 불구하고 우리가 그러한 결정에 거부감을 느끼는 이유는 사법 재량의 자의적 남용을 우려하기 때문이다. 우리는 법원에서 무엇이 법이라는 선언을 할 때 그러한 결정이 “그렇게 되도록 예정되어 있다”라는 답을 원한다. 행여 법원의 결정이 “어찌다가 우연히 그렇게 되었다”라는 답을 듣게 되는 것은 아닐까 하는 염려 때문이다. 구체적 현안에서 첨예하게 이해가 대립하는 당사자들이 법원의 결정을 보다 쉽게 수용하기 위해서는 해당 결정이 인력으로는 어쩔 수 없는 순수한 규범적 논리라는 사고방식이 결정의 수용에 편리하다.<sup>607)</sup>

그러나 하트(Hart)가 말하듯 대부분의 판결은 법관의 변덕과 주관에 휘둘리는 자의적 결정이라는 악몽(nightmare)과 법형식주의자들이 말하는 완벽한 객관적 정답이라는 이상향(ideal)의 중간지점에 위치한다. 법적 논증만으로는 법적 결정의 모든 내용을 산출할 수 없는 경우에도 법적 논증이 일차적인 판단 기준으로 작용한다. 법원에게 사법재량이 존재하지만, 또한 역으로 법적 논증은 법원이 결정을 내림에 있어서 그 선택 대안을 일정 테두리 내로 - 법적 논증에 붙이지 않는 결정은 제외하는 방식으로 - 한정하는 기능을 함으로써 자의적 판결을 통제하는 수단으로 기능할 수 있다. 극단적인 법현실주의와 같은 입장은 지양해야 하며, 법형성의 의의를 강조하는 과정에서 자칫 법적 논증의 엄밀함과 정교한 법해석의 중요성이 간과되는 어리석음은 없어야 할 것이다.

헌법의 기획에 의하여 설계된 사법부는 ‘의사결정’ 작업을 한다. 변화무쌍한 현실 문제에 대하여 규범적 판단을 내리고 ‘매듭’을 지어야 하는 사법기구가 순전한 법조문 해석기구(interpretation machine)로 기능하기만을 기대하는 것은 오히려 비현실적이라고 할 수 있다. 입법의 공백과 흠결은 법원의 의사결정을 요청한다. 법원의 결정을 통해 입법의 공백

---

607) 자연법이론이 가지는 설득력 역시 실정법의 ‘자의성’에 대항하는 ‘올바른 진리’라는 생각에서 비롯한다.

상태를 채우거나 실질적인 법의 변화를 만들어내는 경우가 상당하다.

입법부와 사법부의 의사 결정을 살필 때, 사법부의 의사결정은 입법부의 의사결정에 비하여 개별·구체적이고, 문제사안의 해결을 위하여 여러 제약에 구속된다는 점이 특징이다. 그러나 입법부와 사법부의 대조적인 특성을 부각시킬 수 있음에도 불구하고 양 기관 모두가 ‘의사결정 기구’라는 점에서는 공유하는 속성이 존재한다. 그러나 입법부와 사법부를 대조하는 경우 사법부의 조직적 역량과 결정방식이 제한되어 있음은 명백하지만, 단순히 이를 이유로 사법부의 법형성 기능을 전면적으로 부정하거나 법원의 법원리를 활용한 정책적 결정에 회의적인 시선을 던지는 입장에 높은 논리적 설득력을 부여하기는 어려울 것이다.

## 제2항 법원의 사법재량

사법재량은 법체계를 지속가능하고 사회적 실효성을 확보할 수 있게 만든다. 법의 사회적 정당성을 확보하는 것임과 동시에, 법체계의 실효성을 보장하는 방편이 된다.

사법재량은 법규범의 추상성·불확정성 구분에 의하여 좀 더 정확한 발동의 요건을 가늠할 수 있다. 법규범이 추상적일수록, 그 내용이 불확정적일수록 사법재량이 행사될 이유 및 실제적 가능성이 커진다.<sup>608)</sup> 또한 재량의 의미는 재량이 부여된 기관의 ‘목적’을 살펴봄으로써, 즉, 특정 기구에 재량이 부여된 이유를 검토함으로써 관찰할 수도 있다. 사법부에 재량이 부여된 이유는 법의 ‘확인’을 위해서이다. 사법재량은 법을 확인하고 선언하는 기구로서 사법재량의 ‘목적적 한계’가 존재한다고 할 수 있다. 의회의 입법재량, 행정부의 행정재량, 법원의 사법재량 중, 가장 신중하게 접근해야 하는 것이 사법재량(judicial discretion)이다. 법원의 본

---

608) Schauer, Thinking like a lawyer, p.190: “규칙-규준의 연속체는 재량의 행사를 관리함에 있어서 매우 유용한 도구가 된다(The rules-standards continuum (...) can be highly effective device for the management of discretion).”

질은 법을 확인하고 해석하는 기관이기 때문에, 입법부나 행정부에 비하여 재량의 폭이 협소하다.

불가피한 현실적 요청에 의하여 범형성 판결이 일어나지만, 법의 안정성과 예측가능성 및 수범자의 신뢰보호 역시 간과할 수 없는 문제가 된다. 이러한 점에서 사법재량이 인정받기 위해서는 문언주의적 해석방식을 중시함이 타당하다. 법관이 법률구속 원칙에 따라서 법문언을 최대한 충실하게 풀이하는 과정에서, 도저히 불가피한 법원리적 혹은 법정정책적 사고가 요청되는 경우 사법재량의 필요성과 의의를 인정받을 수 있다. 극단적인 법현실주의자들이 말하는 허무주의처럼, 사법재량은 법관의 자의에 의한 결정이 아니다. 오히려 법문언에 최대한 충실한 법관이 목적론적 한계를 지니는 사법재량을 행사하는 경우 그 사법재량의 의의와 정당성이 인정받을 수 있다.

사법재량이 작동되는 바람직한 방향은, 사법부의 법정책 결정을 통해서 일정한 내용의 판결이 내려지면 그에 관한 사회적 재평가와 논의를 통해서 의회입법 등의 방식을 통해서 보다 광범위한 사회적 합의가 반영된 규범이 성립되는 것이다. 즉, 사법부의 결정이 선행하고 의회입법이 후행하는 경우가 존재할 수는 있으나, 사법부의 결정이 선행하기만 그에 대한 의회입법 등 사회적 추인(追認) 반응이 결여되어서는 안 된다.

선행하는 사법입법과 후행하는 의회입법은 현실에서 드물지 않게 관찰되는 현상이기도 하지만, 법규범의 정당성 측면에서도 바람직한 일이기도 하다<sup>609)</sup>. 선행한 사법입법을 뒤따라 의회입법이 있었다는 것은, 의회입법으로 사법입법이 ‘추인(追認)’되었음을 의미한다. 사법입법의 내용이 그 특성상 실정법으로 규정하기가 지극히 어려운 것이 아닌 이상, 의회에서 사법입법과 유사한 내용 - 혹은 그와 비슷하되 좀 더 발전적인 내용 - 을 입법하지 않는다는 것은 해당 판례법에 대한 사회적 공감대와 합의가 조성되기 어렵다는 의미이다. 이러한 점에서 사법입법은 법원의

---

609) 제조물책임법, 산업재해 및 의료보건의 무과실책임 등 판례에서 먼저 법리가 형성되고 그에 반응하여 의회입법이 만들어진 예는 여러 경우가 있다.



사법재량 범위 내에서 인정될 수 있지만, 성문화하기 곤란한 내용의 몇몇 특수한 예외적 규범을 제외하고는, 의회 입법을 기다리는 ‘과도기적’ 성격을 지닌다고 정리할 수 있겠다.

### 제3항 법원의 논증책임

사회적 필요와 요청에 따른 사법재량의 적정한 행사는 법의 사회적 정당성을 확보함과 동시에, 공식적인 분쟁해결기구로서의 유효한 기능과 판단에 대한 사회 구성원들의 신뢰를 보장하는 방편이다. 또한 법원의 특정 판결이 사법재량의 행사임을 인정하는 것이 - 법원리에 의한 필연적 귀결이 아니라 법정정책적 고려에 의한 선택을 통해 법형성적 판결을 내렸음을 인정하는 것이 - 보다 엄격한 검증과 비판에 노출시키는 효과를 가져온다. 홈즈 판사가 지적한 것처럼 법관이 정책적 사고를 하는 본인의 책임을 인식하지 못한다면, 장엄한 법원리라는 이름의 외투 안에 자신의 주관적 선호를 감싸고 있을 가능성이 있다<sup>610)</sup>.

법원의 정책적 판단에 관한 우려와 불편함을 쉽게 덜기는 힘들다. 법원의 정책적 판단 내지 사법입법(judicial law-making)이라는 표현보다 법의 정답(正答)을 찾는다는 표현을 선호하는 것은 그러한 불편함이 배경으로 작용한다. 하지만 그러한 불편함과 부담감으로 인해서 법원의 논증책임이 더욱 강화되는 효과가 있다고 본다. 법형성 판결이 정책적·종합적 판단 과정을 거친 결정이라고 하는 것이 오히려 더욱 치밀한 논리의 전개와 이익형량, 가치 판단을 요청하고 촉진할 가능성이 있다. 열린 비판의 투명함 아래에서 보다 체계 정합적이고 내실 있는 법리가 형성될 수 있다.

법원의 결정은 논증(reasoning)으로 정당화된다. 법원은 법의 해석에 관하여 권위적 결정을 내릴 수 있는 기관이나, 그 결정이 논증을 통한

---

610) Holmes, The path of the Law, 10 Harvard Law Review, 457, pp.467-468

정당화가 가능한 것이어야 수용될 수 있다. 법원의 논증은, 왜 그러한 판단이 내려졌는지 그 근거를 소명함으로써 해당 결정을 정당화하는 기능을 한다. 논증의 완결성을 위하여, 법원리에 근거한 판결이 실제로는 법정책적 판단이 그 배경이 되는 경우 이를 밝히는 것이 필요하다. 법정책적 접근에 의한 결정을 정당화하기 위하여 법원은 ‘사회의 정의관념’이나 ‘일반 국민의 법감정’이라는 표현 뒤에 숨겨왔던<sup>611)</sup> 판단 기준을 보다 가시적으로 드러내고 그 논리 구성에 더욱 많은 정신적 에너지를 투자할 것이다. 법원이 경우에 따라서 여러 요소를 고려한 종합적 판단을 한다는 접근방식은, 해당 경우에 있어서의 법원의 논증책임을 더욱 강화하여 보다 충실한 논증에 기여하게 된다.<sup>612)</sup> 법원의 정책적 결정은, 법적 논리의 엄정함에 의하여 반이 정당화될 수 있을 것이며, 정책적 고려가 이유로 작용된 부분의 정당화는 법원의 기능적 권한에 의하여 정당화될 수 있을 것이다. 엄정한 논리로 검증되어 절반의 정당성이 확보된 상태에서 사회적으로 수용 가능한 결정을 내려야 한다. 법원이 사법재량을 발휘하는 경우에도 완전한 자유와 재량이 허용되는 것은 아니다. 아무리 정책적 요소를 고려하여 판결을 내린다고 하더라도 최대한 법과 조화하고 합치하는 방식으로 판단이 이루어지며, 또한 그러하여야만 한다.

법원의 결정을 관찰하면서 발생하는 불편함을 덜 수 없기 때문에 그러한 현상이 존재하지 않는다고 부인하기보다는, 법원의 범형성 결정에 관한 불편을 일정한 수준 이하로 - 사회적으로 수용 가능한 수준 이하로 - 관리하기 위한 주의와 경계가 요청된다. 법원의 범형성 판결이 더욱 엄정한 논리적 사고와 공정한 정책적 판단을 거쳐야 함이 법 현실에 관한 바람직한 접근일 것이다. 법원이 정책적 판단을 하지 않는다는 - 비

611) 그간의 범형성 판결에서 법원이 비교적 솔직하게 판단 기준을 드러낸 것은 ‘사회의 변화’라든가 ‘재정적 부담’이 고려요소로서 활용되었음을 설명한 몇몇 판결의 경우이고, 그 외에는 대부분 모호한 추상적 연표에 머물고 있다

612) 법원의 정책적 결정은 정답을 단순히 ‘발견하는’ 과정과는 거리가 있다. 범법제로만 논거를 구성하지 않는 경우에는 법논리적 차원의 정당화는 일정한 한계가 존재한다고 볼 수 있다. 하지만 여전히 범형성 판결에 있어서 해석적 논증의 치밀함은 김혁기(2009)의 연구에서 말하는 것처럼 ‘제한된 정당화’가 가능하다.

록 지금까지는 정책적 판단을 한 적이 있다고 하더라도 최소한 앞으로는 하지 않을 것이라는 - 결론을 통해서 얻어지는 안도감이 법 현실을 있는 그대로 반영하거나 앞으로 가능한 미래상이라고 생각하기는 어렵다.

## 제4항 법원의 자제

법정책학은 법원이 더욱 탁월한 법적 판단을 내릴 수 있는 방안을 모색하는 학문이다. 그렇다면 법정책학적 관점에서 법원의 법형성 판결에 대해서 어떻게 접근할 수 있을까?

법적 결정은 당연히 주어지는 외부의 ‘사실’이 아니다. 법원의 판단은 당연히, 그리고 가장 우선적으로 법에 귀속되지만, 일정한 경우 법원은 ‘정책적’ 사고방식을 동원한 결정을 내리게 된다. 법원이 정책적 사고를 하는 경우 사회의 변화와 구체적 정의의 요청 등을 고려하여 판결을 산출하게 되며, 이는 법의 실질적 내용 구성이 변화됨을 의미한다.

법원리를 활용하는 정책적 논증은 법을 변화시키는 논증이다. 법관이 논증에서 법원리를 사용하는 경우, 그 순서는 법체계 내적 논증을 거친 다음 적합한 결론이 도출되지 않는다고 판단할 때이다. 따라서 이는 불안정(crisis) 상태에 적합한 논증이며, 법을 유지하는 법해석 논증이 법의 안정성(stasis)을 보장함에 반해서 빈도가 높아질수록 법적 안정성을 저해할 우려가 커진다. 법관의 법률기속 원칙을 생각할 때, 신의칙과 같은 법원리에 근거하여 실정법의 효력을 무력화하는 법형성 판결을 하는 경우가 통상적일 수는 없다.

법원리 논증이 빈번하면 법체계의 안정성과 예측가능성이 크게 흔들릴 수 있다. 더욱이 ‘일반 사회 통념과 건전한 상식’을 법원리를 통해서 빈번하게 정당화하는 것은 법원의 판결을 비판적 시각에서 바라보는 사람들에게 법원리가 흡사 요술 방망이(magic wand)처럼 사용되는 것으로 비춰질 우려가 있기에 법적 결정의 신뢰성을 위하여서도 법원리에 입각

한 법형성은 예외로 한정되어야 할 것이다.

다시 말해, 사법재량의 의의를 인정받기 위해서는 문언주의적 해석방식을 중시함이 타당하다. 법관이 법률구속 원칙에 따라서 법문언을 최대한 충실하게 풀이하는 과정에서, 도저히 불가피한 법원리적 혹은 법정정책 사고가 요청되는 경우 사법재량의 필요성과 의의를 인정받을 수 있다. 극단적 법현실주의자들의 허무주의처럼, 사법재량은 법관의 자의에 의한 결정이 아니다. 오히려 법문언에 최대한 충실한 법관이 목적론적 한계를 지니는 사법재량을 행사하는 경우 그 사법재량의 의의와 정당성이 인정받을 수 있다.

“문언은 문리해석의 중요한 기초일 뿐만 아니라 입법자의 의사, 법률의 목적, 법질서 내에서의 체계성 등 다른 해석방법의 핵심 요소들을 추론하는 요긴한 수단<sup>613)</sup>”이 된다. 법관의 법률 구속은 법적 논증의 순서가, 내적 논증에서 외적 논증으로 진행되어야 함을 의미한다. 따라서 법원리를 활용한 법형성 논증은 그 순위가 법률을 유지하는 법해석 논증에 우선되기는 어렵다. 법원리를 논증에서 사용하는 경우 그 순서는 - 법적 결정에서 법원리가 행사하는 지배적인 영향력과는 별개로 - 법해석 논증만으로는 합리적(reasonable) 판단이 달성될 수 없다고 여겨질 때의 예외적 활용으로 한정된다. 비록 중국적으로는 특정 판결이 외적 논증을 통하여 정책적 논거를 채택하는 법정정책 결정을 내린다고 하더라도, 법관이 문제사안을 해결하는 논증의 과정에서 곧바로 법원리를 먼저 판단의 기준으로 삼을 수는 없다.

---

613) 권영준, “민법학, 개인과 공동체, 그리고 법원”, 2015, pp.1450-1451

“그러나 민법의 해석이라고 하여 법률해석의 기본원칙을 뛰어넘을 수는 없다. 일반적으로 문언은 문리해석의 중요한 기초일 뿐만 아니라 입법자의 의사, 법률의 목적, 법질서 내에서의 체계성 등 다른 해석방법의 핵심 요소들을 추론하는 요긴한 수단이다. 입법자의 의사, 법률의 목적, 법질서 내에서의 체계성은 결국 문언으로 표현되기 때문이다. 그러한 점에서 문언은 법률해석의 여정에서 가장 확실한 안내자이다. 그 외에도 문언은 객관적이고 검증이 가능한 형태로 존재한다는 장점을 가진다. 따라서 문언에 기초하여 이루어지는 문리해석은 법적 안정성의 제고에 이바지한다. 무엇보다도 문언은 법률해석과 사실상 입법의 경계선을 그음으로써 권력분립원칙과 민주주의 원칙을 지켜내는 보루의 역할을 하기도 한다. 장구한 재판례의 축적으로 이루어진 민사법의 특징을 감안하더라도 법관이 정면으로 입법작용을 수행할 수는 없다. 그러므로 과연 민법 해석에서 문리 해석이 어떤 의미를 가지는가는 향후 깊이 고민할 대상이다.”

이 연구는 법원리 판결에서 드러나는 사법재량의 의의를 강조하고 있으나, 그러한 판결은 극히 예외적인 것으로 최소화해야 한다고 본다. 사회의 정치체계의 움직임으로 의회 등에서 법규범을 안정적으로 변경하는 것이 바람직하다. 또한 법원에서 활용하는 법원리는 점진적 과정을 통해 가급적 법규칙으로(성문법으로) 실정화되어야 한다. 법이 사회적 조정(co-ordination)이자 매듭으로서의 성격을 가지기 위해서는, 법의 내용이 공유 가능하고 확실성을 담보할 수 있는 것이어야 한다. 법체계는 사회체계 내에서 존재하고 작동하고 있기 때문에 법은 반드시 ‘사회적 사실’이어야 한다. 법을 사회적으로 확인 가능한 사실로 이해함에 있어서 확실성 및 신뢰가능성, 구성원들 간의 통유성(通有性)이 중요하다.

## 참 고 문 헌

### 단행본

#### 국내문헌

- 곽윤직·김재형, 『민법총칙』, 제9판, 박영사, 2013
- 권기현, 『정책분석론』, 박영사, 2010
- 김도균, 『법치주의의 기초: 역사와 이념』, 서울대학교 출판부, 2006
- 김도균 外 공저, 한국 『법질서와 법해석론』, 세창출판사, 2013
- 김성룡, 『법적논증론 : 발전사와 유형』, 준커뮤니케이션즈, 2007
- 김형배 外 공저, 『민법학강의』, 제7판, 신조사, 2007
- 김철, 『한국법학의 반성』, 한국학술정보, 2009
- 드워킨(Dworkin, Ronald) 著, 장영민 譯, 『법의 제국(Law's Empire)』, 아카넷, 2004
- 라렌츠·카나리스(Larenz, Canaris) 共著, 허일태, 『법학방법론(Emthodenlehre der Rechtswissenschaft)』, 세종출판사, 2000
- 로크, 존 著, 강정인·문지영 譯, 통치론: 시민 정부의 참된 기원, 범위 및 그 목적에 관한 시론, 까치, 1996
- 뮐러, 프레드리히, 홍성방 譯, 『법관법』, 유로서적, (2014)
- 박은정, 『자연법의 문제들』, 세창출판사, 2007
- 슈미트(Schmitt, Carl) 著, 김도균 譯, 『합법성과 정당성(Legalitaet und Legitimitaet)』, 도서출판 길, 2015
- 아감벤, 조르조 著, 김항 譯, 『예외상태』, 새물결, 2009
- 알렉시(Alexy, Robert) 著, 이준일 譯, 법의 개념과 효력, 고려대학교 출판부, 2007

- \_\_\_\_\_ 著, 이준일 譯, 기본권이론(Theorie der Grundrechte), 한길사, 2007
- \_\_\_\_\_ “법체계와 실천이성”, 「법철학과 사회철학」, 1993
- 앵기쉬(Engisch, Karl) 著, 안법영·윤재왕 역, 『법학방법론(Einführung in das uristische Denken)』, 세창출판사, 2011
- 양건, 법사회학, 아르케, 2004
- 오석락, 『환경소송의 제문제』, 삼영사, 1996
- 유종해·이덕로, 『현대조직관리』, 박영사, 2015
- 이시윤, 『신민사소송법』, 박영사, 2014
- 조홍식, 『사법통치의 정당성과 한계』, 박영사, 2009
- \_\_\_\_\_, 『판례 환경법』, 박영사, 2012
- 벨첼, 한스 著, 박은정 譯, 자연법과 실질적 정의, 삼영사, 2002
- 켈젠 한스 著, 심헌섭 譯, “자연법론과 법실증주의”, 「켈젠 법이론선집」, 법문사, 1990
- 크렌슨·긴즈버그(Crenson & Ginsberg), 서복경 譯, “Downsizing Democracy”
- 호문혁, 『민사소송법(제10판)』, 법문사, 2013
- 홍준형, 『환경법특강』, 박영사, 2013
- 한국법정책학회, 『법정책학이란 무엇인가: 이론과 실제』, 삼영사 2015
- 양천수 엮음, 권리와 인권의 법철학, 한국법철학회, 세창출판사, 2013

## 국외문헌

- Alexander, Larry and Sherwin, Emily, 『Demystifying Legal Reasoning』, Cambridge University Press, (2008)
- Barak, Aharon, 『Purposive Interpretation in Law』, Princeton University Press, (2005)

- Bentham, "Trust versus Ashhurst in Bowring," vol. V. (1843)
- Bix, Brian, Law, Language, and Legal Determinacy, Oxford University Press (1993)
- \_\_\_\_\_, Philosophy of Law: Critical Concepts in Philosophy, Routedledge, (2006)
- Brooke, David, Jurisprudence, Chapter 4 『Common Law and Statute』 , (2012)
- Cardozo, Benjamin N., 『The Growth of the Law』 , Yale University Press, (1924)
- \_\_\_\_\_, 『The Nature of the Judicial Process』 , Yale University Press, (1921)
- Coleman, Jules J., The Practice of Principle, (1999)
- Chang(ed.), Ruth, 『Incommensurability, Incompatibility, and Practical Reason』 , Harvard University Press, (1997)
- Duxbury, Neil, 『Element of Legislation』 , Cambridge University Press, (2013)
- Dworkin, Ronald, 『Law's Empire』 , Harvard University Press, (1988)
- \_\_\_\_\_, 『Taking Rights Seriously』 , 7th edition, Harvard University Press, (1994)
- Easton, David, The Political system : an inquiry into the state of political science, New York : Knopf, 1971.
- Eisenberg, Melvin Aron, 『The nature of the Common Law』 , Harvard University Press, (1991)
- Eskridge Jr., William N., 『Dynamic Statutory Interpretation』 , Harvard University Press, (1994)
- Fletcher George P., 『Basic Concepts of Legal Thought』 , Oxford University Press. 1996.
- Goldstein, Laurence, 『Precedent in Law』 , Oxford Press, (1987)



- Hart, H.L.A., 『The Concept of Law』 , 2nd edition, Clarendon Press, Oxford (1994)
- Holmes, Oliver , 『The Common Law』 , Boston, (1881)
- Hume, David, 『A Treatise on Human Nature』 , Cambridge University Press, (2009)
- Fuller, L. L., 『The Morality of Law』 , Yale University Press (1969)
- Kelsen, Hans, 『General Theory of Norms』 , translated by Michael Hartney, Oxford University Press, (1991)
- Kingdon, John, 『Agendas, Alternatives and Public Policies』 , Boston: Brown, (1984)
- Lasswell, Harold D., "The Policy Orientation", in *The Policy Science*, pp.3-15, Standford University Press, (1951)
- Lucy, William, "Adjudication", in 『Jurisprudence and Philosophy of Law』 (Coleman, Jules and Shapiro, Scott, ed.), Oxford Univ. Press, (2002)
- Murphy, Jeffrie G. and Coleman, Jules L., 『Philosophy and the Private Law』 , (1990)
- Nonet, P. and Selznick, P., 『Law and Society in Transition : Toward Responsive Law』 , London, (1978)
- Postema, Gerald J., "Legal Philosophy in the 20th Century : The Common Law World," in 『A Treaties of Legal Philosophy and General Jurisprudence』 Vol. 11, (2011)
- Raz, Joseph, 『The Concept of a Legal System』 , Oxford University Press, (1970)
- \_\_\_\_\_, 『The Authority of Law: Essays on Law and Morality』 , Oxford University Press, (1979)
- \_\_\_\_\_, 『The Morality of Freedom』 , Clarendon Press, (1986)
- Scalia, Antonin, "Common Law Courts in a Civil Law System: The

- Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws", in *A Matter of Interpretation*, (1997)
- Schauer, Frederick, 『Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning』, Harvard University Press, (2012)
- Sunstein, Cass. R., 『Legal Reasoning and Political Conflict』, Oxford University Press, 2nd ed. (2018)
- Simpson, 『The Ratio Decidendi of a Case and the Doctrine of Binding Precedent』, (1961)
- Taylor, Charles, "Language and Society", in Axel Honneth and Hans Joas, eds., *Communicative Action: Essays on Jurgen Habermas's "The theory of Communicative Action"*, MIT Press, (1991)
- Teubner, Gunther; translated by A. Bankowska and R. Adler, 『Law as an Autopoietic System』, Blackwell, 1993
- Vermeule, Adrian, 『Judging under Uncertainty: An institutional Theory of Legal Interpretation』, Cambridge, Mass: Harvard University Press, (2006)
- Warner, Richard, "Adjudication and Legal Reasoning", in Martin P. Golding and William A. Edmundson(eds.), 『Philosophy of Law and Legal Theory』, (2005)
- Weber, Max, 『Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology』, (1968)
- Weinreb, Lloyd L., "Legal Reasoning", Oxford Press, (2004)
- 平井宜雄, 『法定策學: 法制度設計の理論と技法』, 第2版, 有斐閣, (1999)
- 平井宜雄, 『現代法律學の課題, 社會科學への招待法律學』, 日本評論社, (1979)

## 논문

### 국내논문

- 강동욱, “법정책학의 기본문제: 법정책학의 의의와 과제”, 법과 정책연구, 제14권 제2호, pp. 259-289, (2014)
- 강일신, “정합적 법해석의 의미와 한계: 원리규범충돌의 해결이론 관점에서”, 법철학연구, 제17권 제1호, pp.225-248, (2014)
- 공두현, “사법판단 과정에 관한 연구 : 법적 판단과 법 변동의 구조”, 서울대학교 석사학위논문, (2013)
- 권영준, “불법행위법의 사상적 기초와 그 시사점”, 저스티스, pp. 73-107, (2009)
- , “민법학, 개인과 공동체, 그리고 법원”, 비교사법 제22권 제4호, pp. 1401-1478, (2015)
- 김도균, “법적 이익 형량의 구조와 정당화 문제”, 서울대학교 법학, 제48권제2호, pp. 31-115, (2007)
- , “칸트와 법치주의 : 법률, 법, 실천이성”, 철학사상 제24권, 서울대학교 철학사상연구소, pp. 35-80, (2007)
- , “우리 대법원 법해석론의 전환: Ronald Dworkin의 눈으로 읽기, 법의 통일성(Law's Integrity)를 향하여”, 법철학연구 제13권제1호, 한국법철학회, pp.95-138, (2010)
- 김도현, “사회학적 법개념에 관한 연구 : 구조 차원과 행위 차원의 법 이 중성”, 서울대학교 박사학위 논문, (1997)
- 김영환, “법학방법론의 이론적 체계와 실천적 의의 : 소위 GS 칼텍스 사건을 중심으로”, 한국법철학회, 법철학연구 제17권제3호, pp. 5-40, (2014)
- , “한국에서의 법학방법론의 문제점”, 한국법철학회, 법철학연구, pp. 133-166, (2015)

- 김혁기, “법의 불확정성 연구”, 서울대학교 법학박사 학위논문, (2009)
- \_\_\_\_\_, “법해석에 의한 모호성 제거의 불가능성”, 서울대학교 法學, 제 50권 제1호, pp. 123-152, (2009)
- \_\_\_\_\_, “법적 추론의 기능에 대한 고찰”, 법철학연구 제13권제1호, 한국 법철학회, pp.7-40, (2010)
- 김형석, “법발견에서 원리의 기능과 법학방법론 : 요제프 에셔의 원칙과 규범을 중심으로”, 법학 제57권 제1호, 서울대학교 법학연구소, pp. 1-59, (2016)
- 남복현, “법정책의 규율형태”, 법과 정책 연구, 제2권제1호, 한국법정책학회, pp. 103-138, (2002)
- 박영도, “입법학과 입법정책”, 법과 정책연구 제5집 제1호, pp. 11-34, (2005)
- 박은정, “법해석방법에서 본 헌법 제103조 법관의 독립과 양심”, 서울대학교 法學, 제57권 제2호, pp. 63-103, (2016)
- 박정훈, “환경법상 기본원칙들의 법이론적 분석: 법적 성격과 방법론적 기능을 중심으로”, 환경피해에 대한 권리구제를 위한 법리와 법 정책·제도 연구, 서울대학교 환경·에너지법정책 센터 정책보고서, pp. 222-231, (2010)
- 박종희·윤재왕, “판례의 법형성적 기능과 한계 : 서울행정법원 2012.11.01. 선고 2011구합20239, 2011구합26770 판결(병합)에 대한 비판적 검토”, 고려법학, 제70호, pp. 191-239, (2013)
- 박 철, “법률의 문언을 넘은 해석과 법률의 문언에 반하는 해석”, 법철학연구 제6권제1호, 한국법철학회, pp.185-236, (2003)
- 변종필, “법규칙과 법원리 구별의 유용성과 한계”, 강원법학 34, 강원대학교 비교법학연구소, pp. 295-324, (2011)
- 심헌섭, “법 획득방법의 기본구조에서 본 법학과 법실무”, 서울대학교 법학, 제23권 제1호, pp. 35-45, (1982)
- 안성조, “법적 불확정성과 법의 지배”, 법철학연구 제10권제2호, 한국법

- 철학회, pp. 6-114, (2007)
- 안준홍, “비실증주의 법원리론 비판”, 서울대학교 법학박사 학위논문 (2008)
- \_\_\_\_\_, “법규칙과 법원리를 질적으로 구별할 가능성에 대한 비판적 고찰”, 법철학연구, 제11권 제2호, 한국법철학회, pp. 427-450, (2008)
- \_\_\_\_\_, “형식적 법체계모델과 실질적 법체계모델”. 외법논집 제34권 제4호, 한국외국어대학교 법학연구소, pp. 275-290, (2010)
- \_\_\_\_\_, “승인 규칙의 규범성에 대한 일 고찰”, 법철학연구, 2016권 제3호, pp.69-96, (2013)
- 양천수, “새로운 법진화론의 가능성”, 법철학연구, 제15권 제2호, 한국법철학회, pp.163-202, (2012)
- 오세혁, “규범충돌 및 그 해소에 관한 연구: 규범체계의 통일성을 중심으로”, 서울대학교 박사학위논문, (2002)
- \_\_\_\_\_, “관습법의 현대적 의미”, 법철학연구 제9권 제2호, 한국법철학회, pp. 145-176, (2006)
- 이계일, “판결의 법산출성을 강조하는 법이론의 입장에서 본 법관법: 에쎄, 피켄처, 밀러를 중심으로”, 한국법철학회, 법철학연구, 제19권 제3호, pp.5-44, (2016)
- 이동민, “영미법상 판례변경의 법리: 법원칙 모델을 중심으로”, 서울대학교 법학박사 학위논문, (2012)
- 이동진, “위험영역설과 증거법적 보증책임: 증명책임 전화의 기초와 한계”. 저스티스 제138호, pp. 167-203, (2013)
- 이상영, “벤담의 Common Law 체계에 대한 비판과 입법론 구상에 대한 연구”, 서울대학교 법학, 제49권 제3호, pp.1-39, (2008)
- 이상윤, “미국 제정법 해석에서의 신문언주의 방법론에 관한 고찰: John F. Manning 의 법이론을 중심으로”, 서울대학교 법학석사 학위논문, (2016)
- 이호용, “법해석과 법정책의 관계”, 저스티스 통권 제145호, pp. 223-252,

- (2014)
- 이회창, “사법의 적극주의”, 서울대학교 법학 제28권제2호, pp. 147-161, (1987)
- 전경운, “환경소송에서 인과관계의 입증에 관한 소고”, 환경법연구 제32권, 환경법학회, pp. 63-96, (2010)
- 조은래, “환경소송상의 입증문제에 대한 소고”, 환경법연구 제28권, 환경법학회, pp. 329-358, (2006)
- 조홍식, “리스크 법: 리스크관리체계로서의 환경법”, 서울대학교 법학 제43권 제4호, pp. 27-128, (2002)
- \_\_\_\_\_, “법에서의 가치와 가치판단”, 서울대학교 법학 제48권 제1호, pp. 160-203, (2007)
- \_\_\_\_\_, “환경법의 해석과 자유민주주의”, 서울대학교 법학 제51권 제1호, pp. 241-288, (2010)
- \_\_\_\_\_, “환경분쟁조정제도의 법정책: 라즈의 권위의 이론에 의존하여”, 서울대학교 법학 제52권 제3호, pp. 121-159, (2011)
- \_\_\_\_\_, “소급적 환경책임의 위헌성: 2010헌가77 토양환경보전법 제10조의3 제1항 등 위헌제청사건을 글감으로 하여”, 사법, 통권 제26호, pp.141-245, (2013)
- 최대권, “법적 결정과 사회과학: 과외금지조치 위헌결정을 중심으로”, 법학, 서울대학교 법학연구소, 제41권 제3호, pp. 41-73, (2000)
- 최봉철, “법실증주의와 그 재판이론”, 법철학연구 제14권제3호, 한국법철학회, pp.7-44, (2011)
- 최송화, “법과 정책에 관한 연구 : 시론적 고찰”, 법학 제26권제4호, 서울대학교 법학연구소, pp. 81-95, (1985)
- 하재홍, “법적 논증의 기초 : 대법원 판결과 페렐만의 신수사학”, 법철학연구 제13권제2호, 한국법철학회, pp. 59-98, (2010)
- 허성욱, “정치와 법: 법원의 법률해석 기능에 대한 실증적 고찰에 관하여”, 서울대학교 법학 제46권 제2호, pp. 344~376, (2005)

- \_\_\_\_\_, “행정재량에 대한 사법심사기준에 관한 소고: 미국 행정법상 웨브론 원칙과 해석규범의 기능과 상호관계를 중심으로”, 공법연구 제41집 제3호, 한국공법학회, pp. 527-551, (2013)
- 홍준형, “법정책학의 의의와 과제: 법정책학의 탐색을 위한 시론”, 행정법연구 제6호, pp. 119-139, (2000)
- \_\_\_\_\_, “정책수단에 대한 법적 접근”, 행정논총 제47권 제1호, pp. 1-20, (2009)

## 국외논문

- Bix, Brian, "H.L.A. Hart and the 'Open Texture' of Language", Law and Philosophy 51 (1991)
- \_\_\_\_\_, "Can Theories of Meaning and Reference Solve the Problem of Legal Determinacy?", Ratio Juris, Vol. 16, No. 3. (2003)
- Cramton, R. C., "Judicial Law Making and Administration", Public Administration Review, Vol. 36, No. 5, Special Bicentennial Issue, pp. 551-555, (1976)
- Feteris, Eveline, "A Survey of 25 Years of Research on Legal Argumentation", Argumentation 11, (1997)
- Gershowitz, Adam M., "Raise the Proof: A Default Rule for Indigent Defense" Connecticut Law Review Vol. 40, No.1, (2007)
- Gould, Stephen Jay and Eldredge, Niles, "Equilibria: an alternative to phyletic gradualism", Models in Paleobiology, pp.82-115 (1992)
- Greenawalt, Kent, "Discretion and Judicial Decision: The Elusive Quest for the Fetters That Bind Judges", Columbia Law Review, Vol. 75, No. 2, pp.359-399, (1975)

- Hart, H.L.A., "Positivism and the Separation of Law and Morals",  
Harvard Law Review Vol. 71, No.4, pp.593-629, February  
(1958)
- Hathaway, Oona A., "Path Dependence in the Law: The Course and  
Pattern of Legal Change in a Common Law System" (2003),  
Yale Law School Legal Scholarship Repository, John M. Olin  
Center for Studies in Law, Economics, and Public Policy  
Working Papers. Paper 270.
- Holmes, O. W., "The Path of the Law(address delivered on January 8,  
1897)", Harvard Law Review, Vol.110, No. 991, (1997)
- Kress, Ken, "Legal Indeterminacy", 77 California Law Review 283,  
(1989).
- Ladeur, Karl Heinz, "The Theory of Autopoiesis as an Approach to a  
Better Understanding of Post-modern Law: From the  
Hierarchy of Norms to the heterarchy of Changing Patterns",  
European University Institute Working Paper Law No.99/3,  
(1999)
- Monahan, John and Walker, Laurens, "Social Authority: Obtaining,  
Evaluating, and Establishing Social Science in Law,"  
University of Pennsylvania Law Review, Vol. 134, (1986)
- Postema, Gerald J., "Coordination and Convention at the Foundations  
of Law," Legal Studies, vol. 11, (1982)
- Raz, "Legal Principles and the Limits of Law," 13 Yale Law Journal,  
Vol. 81(5), pp.823-854, (1972)
- , "The Relevance of Coherence," Boston University Law  
Review 72, (1992)
- Ruhl, J.B., "Law's Complexity," Georgia State University Law  
Review, Vol. 24:4, (2008)



- Schauer, Frederick, "Do Cases Make Bad Law?", *The University of Chicago Law Review* (2006)
- Sunstein, Cass, "On Analogical Reasoning," *Harvard Law Review* 741, (1993)
- \_\_\_\_\_, "Incommensurability and Valuation in Law," in *Free Market and Social Justice* 70, Oxford University Press, (1997)
- Waldron, Jeremy, "Theoretical Foundations of Liberalism", *The Philosophical Quarterly*, Vol. 37, No. 147, (1987), pp. 127-150
- \_\_\_\_\_, "Normative (or Ethical) Positivism", Coleman (ed.), *Hart's Postscript*, Oxford University Press, (2001)
- Wright, Richard W., "Liability for Possible Wrongs: Causation, Statistical Probability, and the Burden of Proof" Working Paper in Symposium, *The Frontier of Tort Law*, (2008)

## 판례 색인

- 대법원 1965. 8. 31. 선고, 65다1156 판결(조리에 근거한 판결)
- 대법원 1978. 4. 25. 선고, 78도246 판결(‘벌금’ 감경 해석)
- 대법원 1984. 6. 12. 선고, 81다558 판결(김양식장 사건)
- 서울지법 88가합2897 판결(연탄공장 진폐증 사건)
- 대법원 1994. 12. 20. 선고, 94모32 전원합의체판결(실화사건)
- 대법원 1995. 2. 10. 선고, 93다52402 판결
- 대법원 1997. 3. 20. 선고 96누1382 전원합의체 판결(개발부담금)
- 대법원 1998. 4. 23. 선고, 95다36466 전원합의체 판결(어음)
- 대법원 1999. 8. 19. 선고 99다23383 전원합의체 판결(어음)
- 대법원 1999. 8. 19. 선고 98두1857판결
- 대법원 2000. 5. 16. 선고 99다47129
- 대법원 2000. 8. 22. 선고 99다62609, 99다62616(신의칙)
- 대법원 2001. 4. 24. 선고, 2000다57856 판결(국가배상책임)
- 대법원 2002. 3. 15. 선고, 2000다13856 판결(신의칙)
- 대법원 2002. 5. 17. 선고, 2000다22607(국가배상법)
- 대법원 2003. 8. 22. 선고, 2003다19961 판결(신의칙)
- 대법원 2003. 7. 24. 선고, 2001다48781 판결(상속회복청구권)
- 헌법재판소 2003. 7. 24. 선고, 2002헌바41 결정(학교보건법)
- 대법원 2005. 5. 13. 선고, 2004다71881 판결(신의칙과 소멸시효)
- 대법원 2005. 6. 10. 선고, 2002다53995 판결(신의칙과 소멸시효)
- 대법원 2005. 7. 28. 선고, 2005다23858 판결(보험금)
- 서울고등법원 2006. 1. 26. 선고, 2002나32662 판결(베트남戰 고엽제 손  
해배상청구)
- 대법원 2006. 1. 27. 선고, 2004다29736 판결(근로자의 판단기준)
- 대전고등법원 2006. 11. 1. 선고, 2006나1846 판결(아름다운 판결)
- 대법원 2007. 9. 28. 선고, 2000다22607(산업재해보상)

- 대법원 2008. 5. 29. 선고, 2004다33469 판결(소멸시효)
- 대법원 2009. 7. 23. 선고, 2009재다516 판결
- 대법원 2009. 4. 23. 선고, 2006다81035 판결(건물명도)
- 대법원 2009. 9. 10. 선고, 2009다3725 판결
- 대법원 2010. 3. 11. 선고, 2009다82244 판결
- 대법원 2010. 5. 27. 선고, 2009다44327 판결(소멸시효)
- 대법원 2013. 1. 17. 선고, 2011다83431 판결(토지 대부료 산정)
- 대법원 2013.7.12. 선고, 2006다17539 판결(베트남戰 고엽제)
- 대법원 2013.12.18. 선고, 2012다89399 전원합의체 판결(통상임금)
- 대법원 2017.8.29. 선고, 2015두3867 판결(LCD공장 산업재해)
- 대법원 2017. 9. 21. 선고, 2017두47878 판결(공무상 질병의 인과관계)
- 헌법재판소 2018. 8. 30. 선고, 2014헌바 148 전원재판부 결정(소멸시효 기산점에 관한 민법 제166조제1항 위헌소송)

## **Abstract**

# **Understanding Legal Principles as the Deus Ex Machina in Judicial Law-making**

Boram Hong

School of Law

The Graduate School

Seoul National University

The focus of this paper is the roles and functions of legal principles in judicial law-making. We observe the decisions of the court all the time, but the legal reason behind them is not always obvious. When the answer is not self-evident, we wonder how these legal decisions are brought forth. How can this observation be fitted into a satisfactory understanding?

Cases and controversies trigger the legal decision-making process. The self-evident answer to the legal question is hardly to be grasped, partially due to legal indeterminacy, and partially due to the need for tangible justice; maybe they are against the procrustean application of rules, or they might want to avoid producing absurd results. In these cases, the legal decision does not guarantee to equate the meaning of “the right answer,” because the

court has to choose amongst a number of competing alternatives. The notion that the reason would speak for itself would not be viable in reality.

Whichever answer the court may choose, the legal decision has to be supported by legal reasoning. This paper defines “legal reasoning” as the way of providing reasons for the judicial decision-making process, and hence, emphasizes that legal reasoning means more than legal interpretation. To cope with various legal problems, the court takes into account social policies, economic considerations, consequential effects of certain alternatives, etc. Hard cases typically illustrate the efforts required from the judge. Thus, legal reasoning cannot be confined to the deductive reasoning of syllogism, in which legal rules can be applied to cases by using subsumption. In hard cases, judges adopt inductive methods rather than syllogistic methods.

Moreover, in the toughest cases, the court sometimes formulates premises by using general legal principles. This kind of legal reasoning can be called policy-oriented reasoning, because it has the objective and it seeks the best possible way of getting there. When the court cannot present the obvious answer by means of legal interpretation, policy-oriented reasoning provides convincing solutions for these controversies. When the court rejects claims by labeling them immaterial, irrelevant, or inconsequential, it reveals that the court ruling was actually based on policy-oriented reasoning.

Scholars like Dworkin argued that the judge struggling with the herculean task of legal reasoning should adopt the argument of principle other than the argument of policy for the right answer. However, even the strenuous efforts put into the twelve labors of Hercules would not guarantee “the right answer,” because of the very nature of legal principles. Being intrinsically indeterminate and highly abstract, legal principles can be very effective for policy-oriented reasoning. Policy-oriented reasoning solves a considerable number of cases which are nominally ruled by legal principles.

Taking heed of the fallacy of bifurcation of legal principles and legal rules, it should be noted that there definitely exists a wide range of legal norms in between the two extremes. Still, it is necessary to recognize the availability of legal principles in hard cases. With malleable legal principles, the court can achieve justice, equity and so on. By weighing and balancing legal principles, policies are taken into the legal system. Legal principles anoint non-legal standards with legality, and once non-legal standards are now partaking in the legal decision-making process.

To discuss this, this study explored various tort cases - especially toxic torts and environmental liability - and found that prominent new legal principles concerning environmental risks like the “polluter-pays-principle” and “precautionary principle” originate from legal policies.

Nevertheless, legal principle and legal policies cannot be identical, for the legal principles are related to people’s fundamental rights, and thus cannot freely become the objects of alteration or modification, unlike policies. However, understanding the significance of legal policies and legal principles in judicial decision-making might provide opportunities to have a glimpse of the legal system at work.

The noteworthy characteristic of policy-oriented reasoning is that the court hardly say it resorts to legal policies, because it could lead to criticism of judicial law-making and it might raise questions of arbitrary judgement. The notions of legal policy and judicial discretion may make some people anxious regarding the rule of law, objectivity, and impartiality in court decisions. Furthermore, the court lacks democratic legitimacy and political responsibility, and public engagement in the judicial law-making process is not possible. Being apprehensive about the misuse of judicial discretion, they support “what is destined to be(the right answer)” rather than “what happens to be.”

Judicial discretion, however, may increase the professional duty of the

court when it embraces the burden of legal reasoning. Judicial discretion carries professional duty with it, and acknowledging it mitigates personal bias and preference. The question of legitimacy and justification can be best dealt with by the scrutiny of legal reasoning. By acknowledging their duty of legal reasoning, judges would put in their best efforts to achieve justice, and legal decisions would be more likely to be accepted. The judge would be constantly reminded of their status and duty, and the court would uphold its roles and institutional functions. Facing criticism and carrying the burden of reasoning is essential to facilitate the growth of law and to comprehend legal decisions accurately.

In addition, another significance of the legal decisions grounded on legal principles is that the legal system would be an open and adaptive one. By being cognizant of the changes in normative standards and social criteria, the court - at least, the highest tribunal - could introduce new legal norms into the legal system by recognizing them in cases. Then, with those decisions, the legal system would not be the same system it was before the ruling. With these discernible changes in substantial norms, the legal system would then sustain its vitality and also validity in the social system. By recognizing new norms, the legal system could become dynamic and adapt to the surrounding social environments, and the law would be deemed as the indicator of social justice. Thence, the concept of discontinuous changes and the periods in between could be translated into “crisis and stasis.”

**keywords : legal principle, legal policy, legal system, judicial discretion, judicial law-making**

***Student Number : 2014-30429***